

من كتب العبد الفقير إلى الله سبحانه وتعالى
عبد الله بن عبد القادر
عفي عنهما

نمره
٩٧١

سطر ٢٧ — ورق ٢٧٧ — ٥٥٢

٣٦٠

على سوم الشرى مضمون بالقيمة باجماع الصحابة ولان المالك لم يرض بقبضه الا بعوض فلا يجوز اخلاؤه عن الضمان فالضمان الاصلي هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام البيع ولم يوجد **قوله**
وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع الى اخره اعلم ان الاصل ان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم اصلا لان
كان الخيار لهما وان كان الخيار للبائع او للمشتري يمنع الانعقاد في جانب من له الخيار نظرا له ولا يمنع في جانب من لا خيار له
لان العقد بات لازم في جانبه حتى لا يتمكن من الفسخ واذا كان كذلك فالبدل الذي من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه والبدل
الذي من جانب الاخر يخرج من ملكه **قوله** وقالا يملكه سارعلي ان البيع لازم في جانب من لا خيار له فهو على البدل الذي
من جانبه حكم البيع اللازم وهو الانتقال من ملك احدهما الى ملك الاخر الا يرى انه خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك صاحبه
امسي مملوكا بلا مالك وهو غير معهود في الشرع ولابي حنيفة انه لو دخل العوض في ملكه ولم يخرج المعوض عن ملكه
لاجتمع البدلان في ملك رجل احدهما للمعاوضة مع انه يحل العقل مما لا يقتضيه المعاوضة لانها تقتضي التعادل
والتساوي خروجا بخروج ودخولا بدخول لو دخل ملكه من غير ان يخرج البدل الاخر من ملكه لكان مالكا بلا عوض
وذا ليس بموجب المعاوضة **قوله** منها عتق المشترى على المشتري اي لو اشترى ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه
عنده لانه لم يملكه وبقي خياره وعندهما يعتق عليه وبطل خياره **قوله** بخلاف ما اذا قال ان اشتريت عبدا فهو حر
فاشتراه عتق عنده لانه عند وجود الشرط كانه انشأ العتق اذ المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط فلا جل
ذلك يعتق فان قيل لو كان كالمنشئ للعتق بعد الشرى لوقع عتق من حلف بعتقه بالشرى عن الكفارة لو اشتراه ناويا عن
الكفارة قلنا انا جعلناه كالمنشئ تصحيحا للجزاء على قوله فهو حر وليس من ضرورة جعله كالمنشئ في حق الجزاء جعله
كالمنشئ في صحة نية الكفارة **قوله** ومنها حيض المشتراة يعني لو اشترى امة على انه بالخيار فحاضت في يد المشتري في مدة
الخيار فاجاز المشتري العقد لا يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده وعندهما يجتزئ بها ولو ردها بحكم الخيار عنده
لا يجب على البائع استبراء جديد لانها لم تدخل في ملك غيره وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض قياسا واستحسانا وان
ردت قبل القبض يجب قياسا لا استحسانا **قوله** منها اذا ولدت المشتراة في مدة الخيار بالنكاح لم تصر ام ولد له عنده
ويبقى خياره وعندهما تصير ام ولده ويبطل خياره **قوله** ثم اودعه عند البائع في مدة الخيار فهلك في يد البائع في مدة
الخيار او بعدها يهلك على البائع عنده ويبطل البيع لانه لم يملكه المشتري عنده ويد البائع ... بالرد على البائع فهلك
المبيع قبل القبض فيهلك على ملك البائع وعندهما يهلك على المشتري ويلزمه الثمن لان المشتري يملكه عندهما فصار مودعا
ملكه بنفسه ويد المودع يد المودع فصار هلاكه في يد البائع كهلاكه في يد المشتري **قوله** لو كان المشتري
بالخيار عبدا مأذونا فابراه البائع عن الثمن في المدة صح الابراء وبقي خياره فان اختار كان له ذلك ... ان فسخ
عاد المبيع الى البائع بلا ثمن لان عنده لم يملكه وكان الرد امتناعا عن التملك والمأذون يملكه كما لو وهب له
هبة فامتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه ملكه عندهما فكان الرد والفسخ منه تمليكا من البائع بلا بدل
وهو تبرع والمأذون لا يملكه **قوله** انه مسلط على الفسخ حتى صاحبه لتمكنه ... بالسلط ...



الى بيعها والمسلط على التصرف ينفذ تصرفه بغير محضر من المسلط فانه ينفذ تصرف الوكيل بالبيع اذا باع بغير محضر
من الموكل ولهذا لا يشترط رضى الآخر فكذا لا يشترط حضوره واعتبر الفسخ بالاجازة فانه مخير بين الفسخ والاجازة
ثم الاجازة تتم بغير محضر الآخر فكذا الفسخ ولهما انه بالفسخ يلزم غيره حكما فلا يثبت حكم تصرفه في حقه ما لم يعلم به
كالموكل اذا عزل الوكيل حال غيبته لا يثبت حكم عزله في حقه ما لم يعلم الا ترى ان حكم ايجاب البيع لا يلزم العبد ما لم يعلم
دفعا للضرر عنه فحكم ايجاب العبد احق وهذا لان العقد منعقد مع الخيار وبالفسخ يرتفع الانعقاد في حق الآخر ولا يخلو
عن الضرر فانه اذا مضت المدة يظن ان البيع تم بناء على الظاهر فيتصرف فيما لغيره فيلحقه الضمان بالهلاك فيما اذا كان
الخيار للبائع واذا كان الخيار للمشتري فالبائع لا يطلب لسلعته مشتريا آخر بناء على ان البيع تم بمضي المدة فاذا جاء
المشتري بعده واخبره انه كان فسخ العقد فلو ثبت حكم الفسخ في حقه لتضرر به البائع وهذا ضرر يلحقه بتصرف المشتري
فيتوقف على علمه ولو تضرر به المشتري فهو ضرر يلحقه لا من جهة البائع بل بتقصيره عن تحصيل شرط صحة الفسخ وبه
فارق الاجازة فانه لا يلزم الآخر بالاجازة شيئا لان العقد لازم من جانب المشروط عليه الخيار وكيف يقال هو مسلط
على الفسخ من جهة صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فيما لا يملكه المسلط ولكن انما يتمكن من الفسخ لان العقد
غير لازم في حقه ولفوات صفة اللزوم بلا رضى صاحبه ولكن لا يتمكن من الفسخ بلا علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات
وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لانه مسلط على التصرف من جهة الموكل فتسليطه اياه على التصرف
يوقف على علمه ولا يلزم ما اذا كان الخيار للبائع فاعتق المبيع او دبر او كاتب او رهن او وطئ او قبل بشهوة او وهب
او آجر فانه ينقض البيع وان لم يعلم المشتري لان ثبوت الفسخ هنا ضمني لا بقصد التصرف فلا يتوقف على العلم
كالموكل اذا اعتق العبد الذي وكل ببيعه ينعزل الوكيل وان لم يعلم به بخلاف ما اذا عزله قصدا قوله ثم العقد
بمضي المدة قبل الفسخ لان تمام المدة دليل لزوم البيع فاذا اعترض في حال توقف الفسخ ابطل الفسخ وتم البيع بموت
من له الخيار وبطل خياره وقال مالك رح ينفسخ البيع لانه وجد مع الخيار وقد تعذر اتمامه لذلك فينفسخ ولنا ان المانع
من لزوم العقد الخيار وقد بطل فيلزم العقد قوله وقال الشافعي رح يورث عنه ولعموم وارث من له الخيار
مقامه في التصرف بحكم الخيار واجمعوا انه لو مات من عليه الخيار بقي الخيار له انه حق لازم حتى لا يملك من عليه ابطاله
بسبب البيع فيورث كملك المبيع والثمن وحق الكفالة والرهن وخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار مشيئة في رده
فان معنى قولنا فلان بالخيار في كذا اي المشيئة اليه ان شاء فعل وان شاء لم يفعل ومشيئته صفته لا تزايله فلا
يحتمل الانتقال منه الى غيره والارث فيما يحتمل الانتقال الى الوارث فاما ما لا يحتمل الانتقال فلا يورث كملكه في منكوحته
وام ولده والعقد لا ينتقل الى الوارث لانه انما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى ولا يتصور انتقاله
الى الوارث وخيار العيب لا يورث فان الخيار الذي للمورث بطل انما يثبت له خيار مبتدا للوارث بما يوجب الخيار وهو
ملك المبيع سليما عن العيب كما اوجبه العقد للمورث سليما عن العيب فيثبت للوارث بهذا الوصف ولما استحقه سليما عن
العيب ثبت مطالبة البائع بالتسليم الا ترى ان الخيار يثبت للوارث ابتداء وان لم يكن ثابتا للمورث بان تعيب المبيع

في صغره ثم حدث عند المشتري في صغره فهو عيب يرد به لاتحاد العيب باتحاد السبب وان حدث هذه الاشياء في صغره
فباعه فوجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يرده لاختلاف العيب باختلاف السبب وان حدث هذه الاشياء
بعد البلوغ عند البائع ثم وجدت عند المشتري يرده لان شرط استحقاق الرد وجود العيب الواحد عند المشتري
واما العيب في يد البائع فلا يوجب الرد للمشتري بعيب حدث لديه واتحاد الحال دليل اتحاد السبب فاذا دليل اتحاد
العيب واختلاف الحال دليل اختلاف السبب وذا دليل اختلاف العيب قوله والاباق والبول في الفراش والسرقة في
حال الصغر ليس بعيب وضعف المثانة وقلة الامتناع الحوادث في حال الكبر لخبث في الباطن فرارا عن العمل وداء في الباطن
وخبث في الطبيعة رغبة في المال لان اختلاف السبب باختلاف الحال يختلف العيب لان اختلاف الاسباب دليل اختلاف
المسببات والمراد بالصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يكون عيبا لان الاباق انما يكون عن قصد
والسرقة والبول في الفراش كذلك لا يكون عيبا في الصغير حد الذي لم يعقل القصد وضعف البنية قوله والجنون في الصغر
عيب ابدا معناه اذا جن عند البائع في الصغر ثم جن في يد المشتري في الصغر او في الكبر يرده لانه عين ذلك لان السبب متحد
في الحالين وهو آفة تحل الدماغ وقيل اذا اشترى عبدا قد جن عند البائع فله ان يرده وان لم يجن عند المشتري لان سببه آفة
تحل الدماغ وهي اذا امكنت لا تزول والجمهور على انه لا يرد ما لم يعاود عند المشتري وهو الصحيح لان الله تعالى قادر على
ازالته بلطفه كسائر العلل فلم يكن ضروريا وجودها يوما فيوما وهلم ابدا قوله البخر هو نتن الفم والدفر رائحة
موذية تجيء من الابط كذا في المبسوط وفي المغرب الدفر مصدر دفر اذا خبثت رائحته وبالسكون النتن واما الذفر بالذال
المعجمة وبالتحريك فهو شدة الرائحة ايما كانت وهو مراد الفقهاء من قولهم والبخر والذفر عيب وهكذا في الرواية
قوله والاعلان يراد البخر والذفر لا يحلان الا استخدام الا ان يكون فاحشا لانه يدل على داء في البطن فالداء نفسه عيب
قوله والزنا وولد الزنا عيب في الجارية لان المقصود تسييره في حاجة يذهب في ساعته بهواه ويترك خدمة مولاه وقال
الشافعي رحمه الله الزنا عيب مطلقا كالسرقة قوله والكفر عيب فيهما لان المسلم ينفر عن صحبته للعداوة والديانة
ولا يقدر على استخدامه في الامور الدينية كاتخاذ الماء للوضوء وحمل المصحف اليه ولا يقدر على عتقه في كفارة القتل
ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما ليس له ان يرده لان الكفر عيب فقد اشتراه على انه معيب فاذا هو سليم وعند الشافعي
له ان يرده لفوات الشرط المرغوب فاستعباد الكافر مطلوب المسلم لان فيه اذلالا له قلنا ذا يرجع الى الديانة لا الى المالية قوله
ولو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهي عيب بناء على ان ارتفاع الحيض في اوانه والاستحاضة دليل داء
في الباطن اذ العادة الاصلية في النساء اللاتي جبلن على السلامة ان يحضن في اوانه ويطهرن في اوانه فاذا كان بخلافه كان
لداء في الباطن ويعتبر في ذلك اقصى ما ينتهي اليه ابتداء الحيض وهو سبعة عشر سنة لان ذا اقصى غاية بلوغهن عند ابي حنيفة رحمه الله
وانما يعرف ذلك بقول الامة لانه لا طريق لمعرفة ذلك الا منها ثم يستحلف البائع مع هذا ان كان بعد القبض وان كان قبل القبض
فكذلك في الصحيح وعن محمد يرده بلا يمين البائع لان البيع قبل القبض ضعيف قالوا في ظاهر الرواية لا قول للامة في ذلك ثم اعلم
ان المشتري اذا ادعى ارتفاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ادعى الانقطاع في مدة قصيرة لا تسمع دعواه

[illegible]

ولو ادعى الانقطاع في مدة مديدة تسمع دعواه والمدة مقدرة بثلثة اشهر عند ابي يوسف واربعة اشهر عند محمد وعن ابي حنيفة وزفر رحمهما الله بسنتين فاذا عرفت المدة فما دونها قصيرة ثم بعد ذلك ان كان القاضي مجتهدا يقضي بما ادى اليه اجتهاده والا اخذ بالمتفق وهو سنتان فاذا ادعى الانقطاع في مدة كبيرة لا تسمع دعواه ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الداء او الحبل فاذا ادعى ذلك فحينئذ يسأل البائع اهي كما ادعى المشتري فان قال نعم ردها على البائع باقراره وان قال هي كذلك للحال ولكن ما كانت منقطعة الحيض عندي وانما حدث هذا العيب عند المشتري توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيام العيب للحال فان طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع على ذلك كما يحلف في سائر العيوب فان حلف برئ وان نكل يرد عليه لان نكوله كاقراره فان شهد للمشتري شهود على انقطاع الحيض عند البائع لا تقبل شهادتهم بخلاف ما لو شهدوا على كونها مستحاضة لان الاستحاضة درور الدم فيقطع عليه اما انقطاع الحيض على وجه يعد عيبا فلا يقف عليه الشهود فتقع على النفي فكذبهم فلا تقبل شهادتهم وان انكر البائع انقطاع حيضها في الحال لا يستحلف على ذلك عند ابي حنيفة وعندهما يستحلف كما مر ان شاء الله واعلم ان الثؤلول عيب وكذا الخال اذا كان ينقص الثمن بان ذكر او الصهوبة هي حمرة في الشعر عيب او تحشيش بحيث يضرب الى السواد وكذا الشمط وهو اختلاط السواد في الشعر انه في غير اوانه دليل الداء وفي اوانه دليل الكبر والادر عيب وهو انتفاخ في الخصيتين والعشى عيب وهو ضعف في البصر بحيث لا يبصر بالليل والسن الساقط عيب ضرسا كان او غيره لانه يشينه وينقص من الثمن وكذا السواد والظفر الاسود عيب اذا كان ينقص الثمن والعسر عيب وهو الذي يعمل بيساره والكي عيب اذا كان من داء والا فلا كما في الجبهة والقروح عيب والحرن عيب وهو التكسل في الدابة على وجه لا تسير الا بتشديد بليغ والجموح عيب وهو ان لا يلين عند الالجام **قوله** واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان لان الجزء الفائت صار مستحقا بالعقد وقد تعذر تسليمه فيرد حصته من الثمن لانه صار مقصودا بالمنع فيكون له حصة من الثمن وطريقه ان يقوم وبه عيب ويقوم ولا عيب به فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن **قوله** فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان المانع من الرد حق البائع وقد زال لكونه رضي به ولا يرد المبيع وقال مالك رحمه الله يرده ويرد معه نقصان العيب الحادث لان جزء البدل عند تعذر رد العين كرد المبدل فصار كانه رد كل المبيع فيرجع بكل الثمن ولنا ان حق الرد ثبت للمشتري ليندفع به الضرر عن نفسه على وجه لا يتضرر بائعه وبعد ما حدث عيب عنده لو رده لتضرر به بائعه لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه والضرر يندفع عنه بثبوت حق الرجوع بحصة العيب من الثمن فصار اليه فان قلت ينبغي ان يرجح جانب المشتري في دفع الضرر عنه لان البائع دلس له العيب والمشتري صار مغرورا من جهته قلت المعصية الصادرة لا تمنع عصمة المال كما في الغاصب اذا عمل في الثوب المغصوب بالخياطة او الصبغ بالحمرة فلما كان الشرع ينظر لهما فالضرر عن المشتري يندفع اذا ثبت له حق الرجوع بحصة العيب من الثمن فاذا لم يندفع فلذلك لحجر عن الرد كما فيه لان التصرف باشره البائع ولو رده لتضرر البائع بتصرف باشره المشتري وهو رده عليه فكان مراعاة جانب البائع اولى من هذا الوجه **قوله** ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بنقصان العيب لامتناع

الرد بالقطع لكونه عيبا حادثا فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الرد امتنع لحق البائع وقد رضي به فزال المانع **قوله** فان باعه المشتري بعد القطع لم يرجع بشيء علم او لا لان الرد لم يمتنع برضا البائع بل بحق بيع المشتري اياه وهذا لانه يمسك بدله وامساك البدل كامساك المبدل لو كان المبدل في يده يمسكه لم يرجع بنقصان العيب كذا هنا **قوله** فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او اصفر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة اذ الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة لا يمكن ايضا لان العقد لم يرد على الزيادة فلا يرد عليها الفسخ ضرورة اذ فسخ العقد رفعه فلا يرد على ما لم يرد عليه العقد فان قلت يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية مع ان فسخ العقد في الزيادة ممكن لان الزيادة تبع محض باعتبار التولد والتفرع والاتصال قلت الزيادة متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب لما مر ومتصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة واللت وهي تمنع الرد بالعيب لانه لا سبيل الى فسخه مقصودا لان العقد لم يرد على الزيادة ولا سبيل الى فسخه تبعا لانقطاع التبعية بالانفصال وغير متولدة من المبيع فيكون كالكسب فهي لا تمنع الرد بالعيب بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق ان الكسب لم يتبع بحال لانه تولد من المنافع وهي غير الاعيان والولد يتولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربوا لانه يبقى في يده بلا عوض في عقد المعاوضة والربوا اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله فليس للبائع ان ياخذه لان امتناع الرد لحق الشرع للزيادة الحادثة الخالية عن العوض لا لحق البائع **قوله** فان باعه المشتري بعد ما راى العيب رجع بنقصان ايضا لان الرد كان ممتنعا قبل البيع للزيادة الحادثة في الثوب من ملك المشتري فلم يكن المشتري بالبيع حابسا المبيع في الاصل لانه في كل موضع لو كان المبيع قائما على ملكه يمكنه رده برضا البائع فاذا باعه لا يرجع بنقصان العيب لامتناع الرد بفعله لانه بالبيع صار ممسكا المبيع معنى لقيام المشتري مقامه في امساك المبيع فصار حبس المشتري المبيع كحبسه فكان المبيع في يده وهو يريد ان يرجع بنقصان العيب ثم ليس له ذلك كذا هنا وفي كل موضع لو كان المبيع قائما في ملكه لا يمكنه رده وان رضي البائع به فاذا اخرجه عن ملكه يرجع بنقصان العيب لان الرد كان ممتنعا قبل بيعه فلم يصر المشتري ممسكا المبيع ببيعه فبقي ارش العيب بحاله **قوله** ويقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار واهبا للصغير بالقطع مسلما اليه قبل الخياطة فلم يمتنع الرد قبل الهبة فكان هو حابسا للمبيع فلا يرجع ولو كان الولد كبيرا يرجع بنقصان العيب لانه لم يصر مسلما اليه الا بعد الخياطة فكان الرد ممتنعا قبل الهبة فلم يصر حابسا فيرجع **قوله** واما الاعتاق فالقياس ان لا يرجع بالنقصان وهو قول الشافعي رح لامتناع الرد بفعله فصار كالقتل وهذا لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد فيه كان حابسا له حكما فكانه محبوس في يده ويريد الرجوع بنقصانه وفي الاستحسان يرجع بنقصان العيب لان الاعتاق انهاء للملك اي اتمام له لان الملك في الادمي ثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه

ولهذا يثبت الولاء بالعتق والولاء من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك **قوله** والتدبير والاستيلاد بمنزلته
لأنهما لا يزيلان الملك ولكن المحل بهما خرج من أن يكون قابلا للنقل من ملك إلى ملك وقد تعذر مع بقاء الملك المستفاد بالشراء
حقيقة أو حكما فيرجع بنقصان العيب لأنه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لو تعيب عنده **قوله** وإن أعتقه
على مال أو كاتبه ثم اطلع لم يرجع بشيء لأنه أزال الملك بعوض فصار كالبيع وهذا لأن حبس البدل كحبس المبدل ولو حبس
عينه لا يرجع فكذا إذا حبس بدله وعن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف رحمهما الله أنه يرجع لأن البدل والمبدل ملكه فصار
كالإعتاق بلا مال لأن الإعتاق منهي للملك سواء كان بعوض أو بلا عوض حتى يثبت الولاء في الموضعين ولو أبق ثم علم
بعيب لم يرجع بنقصانه ما دام حيا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف رح أنه يرجع لأن العجز في الحال يتحقق والعود موهوم
وله أن الرجوع بنقصان العيب خلف عن الرد بالعيب إنما يصار إلى الخلف عند وقوع اليأس عن الأصل وما دام حيا فالعود
ممكن فكان الرد موهوما فيمتنع الرجوع بالنقصان **قوله** وإن قتل المشتري العبد أو كان طعاما فأكله أو باع كله
أو بعضه أو لبس فتخرق لا يرجع بشيء وأصله أن امتناع الرد إذا كان بفعل مضمون من المشتري لا يرجع بشيء لأنه متى كان
مضمونا كان ممسكا للمبيع معنى ومن شرط الرجوع بالنقصان أن لا يكون ممسكا إياه وإذا امتنع الرد لا بفعل منه بأن
هلك أو بفعل غير مضمون منه يرجع لأنه لا يتصور أن يكون ممسكا أما القتل فعل مضمون إذ لو باشره في ملك الغير يضمن
وإنما استفاد البراءة عن الضمان هاهنا بملكه فيه فيجعل سقوط الضمان عنه بسبب الملك وقد زال عنه الملك بالقتل اعتياضا
عن الملك ولهذا لو أمر وجب عليه الكفارة وإن كان خطأ ونقض لم كان يعد نوما العدم العائد لاستحالة الوجوب له عليه فصار
الضمان كالسالم له معنى لهذا الاعتبار بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان عليه مطلقا لو فعله في ملك غيره لعدم النفاذ
ومن أحد الشريكين ولم يعد فلا يتعلق به الضمان مطلقا لأنه إذا كان معسرا لم يضمن وهذا لأن الإعتاق تصرف شرعي واعتباره
بشرطه وهو الملك بخلاف القتل فإنه يتصور في الملك وغيره وهو لم يستفد بالإعتاق عوضا حقيقة وحكما فلا يكون حابسا
المبيع فيرجع بالنقصان وعن أبي يوسف رح أنه يرجع لأن المقتول ميت بأجله فكأنه مات حتف أنفه وأما البيع فلما مر وأما
الأكل واللبس فعلى الخلاف عند أبي حنيفة لا يرجع وعندهما يرجع لأنه صنع في المبيع ما يعتاد فعله فيه ويشترى لأجله
ولا يمنع نقصان العيب كالإعتاق ولأبي حنيفة رح أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فلا يرجع بنقصان العيب من الرجوع
كالإحراق والقتل وهذا لأنهما لو حصلا في ملك الغير وإنما استفاد البراءة عنه بملكه في المحل فصار بمنزلة عوض سلم له
وإن باع بعضه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان الباقي اعتبارا للبعض بالكل ولو أكل بعضه ثم علم بالعيب فعند أبي حنيفة
لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما أكل وما بقي لأن الطعام في الحكم كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض كما لو باع
البعض وعنهما يرجع بنقصان العيب فيما أكل البعض وعنهما يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض وهو قادر على الرد كما قبضه
قوله وقال الشافعي يرده أي إذا كسره مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب لأن البائع سلطه عليه فكأنه فعله
بنفسه ورضي به قلنا رضي بكسر في ملك نفسه لا في ملكه بائعه بعد فسخه وحيث عاد به حقيهما وذا بالرجوع بالنقصان كما لو كان
لو ما قطعه إلا أن يرضى البائع أن يأخذه مكسورا فلو وجد بهذه الصفة قبل الكسر رده لإمكانه وإن لم يمتنع رده

ويرجع بكل الثمن لأن الحكم لا يختص بالعيب بل لبطلان البيع إذ المبيع ليس بمال لأنه ما ينتفع به ومتى كان لا ينتفع به أصلا بأن
أنه ليس بمال فلم يصادف البيع محله فيرده ويرجع بكل الثمن قالوا هذا يستقيم في البيض لأنه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز إذا لم يكن
لقشره قيمة أما إذا كان لقشره قيمة بأن كان في موضع يباع قشره ويتخذ وقودا لوجوده خاويا فقيل يرجع بحصة اللب ويصح العقد
في القشر لصحته لأن العقد في حق القشر صادف محله وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب
دون القشر فإذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع بطل البيع ولو كان للقشر قيمة والجواب في القثاء والبطيخ كالجواب في الجوز
في موضع تحرق قشره الحطب وهذا إذا وجد الكل فاسدا أو إن وجد البعض فاسدا وهو قليل صح البيع استحسانا لأن الكثير من الجوز
لا يخلو عن قليل فاسد كالتراب في الحنطة **قوله** وإن كان الفاسد كثيرا لا يصح في الكل ويرجع بكل الثمن عند أبي حنيفة رح
لجمعه في العقد بين ماله قيمة وبين ما لا قيمة له فصار كالجمع بين حر وعبد في البيع وعندهما يصح العقد فيما كان صحيحا
وقيل يفسد العقد في الكل إجماعا لأن الثمن لم يفصل **قوله** ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب بقضاء
رده على بائعه وبرضى المشتري لا يرد على بائعه اعلم أن من اشترى عبدا ثم باعه من آخر ثم وجد المشتري الآخر عيبا
فرده على المشتري الأول لم يرده قبل القبض بقضاء أو برضا فللمشتري الأول أن يرده على بائعه لأن الرد بالعيب قبل
القبض فسخ من الأصل في حق الكل حتى لا يتوقف على القضاء فصار كأنه لم يبع ولو كان المشتري الآخر قبضه ثم وجد به عيبا ورد
على المشتري الأول فإن كان الرد بقضاء بالبينة أو بنكول المشتري الأول أو بإقراره بالعيب فله أن يرده على بائعه إذا ثبت أن العيب
كان عند البائع الأول أما في الرد بالبينة فلأنه فسخ في حق الكل لتعذر اعتباره بيعا جديدا لانتفاء الرضا من المشتري الأول
بالفسخ والبيع الجديد لا يصح إلا بتراضيهما وإذا كان الفسخ صار الحال بعد الفسخ كالحال قبل البيع وقبل أن يبيعه المشتري
الأول إذا وجد به عيبا يرده على البائع الأول إذا ثبت أن العيب كان عند البائع الأول كذا هاهنا وعند محمد رح لا يملك رده
على بائعه لأن الإمام المشتري يجر خصمه أنه كان عند البائع الأول لأنه أنكر قيام العيب فكيف يدعيه وهو مناقض قلنا قد
صار مكذبا شرعا بالقضاء بالبينة كذا الرد بنكول أو إقرار فسخ عند بالعذر اعتباره بيعا جديدا لمكان الاضطرار إلى القضاء
بغير رضا المشتري الأول **قوله** وإن رد عليه بغير قضاء بحيث لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة أو الناقصة
لم يكن له أن يخاصم بائعه وهذا ليس بجواب فيما يحدث مثله كالقروح والأمراض سواء **قوله** وفي بعض الروايات
المبسوط أن فيما لا يحدث مثله يرده على بائعه سواء كان الرد بقضاء أو بغيره لتيقننا بوجود العيب عند البائع الأول
وقد فعلا بدون القاضي عين ما يفعله القاضي لو رفعا إليه الأمر لأن الرد متعين في هذا فيجعل فعلهما كفعل القاضي
قوله لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة في هذا التركيب نظر لأنه جعل أحدهما غاية لنفي
الإجبار على الدفع ونفي الإجبار لا ينتهي بإقامة البينة بل يستمر وإنما يصح بإضمار شيء بأن يقال لو يقيم المشتري بينة
فيستمر عدم الإجبار وإنما لم يجبر على الأداء لأن القاضي لا يشتغل بما لا يفيد ولا يقضي بما يجحد وأمكن تحقق
هذا المعنى بالعلوم والانتظار إلى انكشاف الحال **قوله** فإن قال المشتري شهودي بالشام استحلف حتى يحضر
شهودي لم يلتفت القاضي إليه ولكن يحلف البائع ويأمر بنقد الثمن لم يحلف بائعه لأن في الانتظار ضررا بالبائع لأن الآخر

لا الى غاية معلومة تجري مجرى الا بطال لتسرّع الدفع زيادة ضرر فانه يبقى على جحده اذا حضر شهود ، ولانه ان علم انه صادق قام كاذب فلا اترك ما هو المعلوم وهو وجوب دفع الثمن عند قبض المبيع بما هو الموهوم ولا كذلك اذا اقام شهودي حضور لان الامهال الى المجلس الثاني لينكشف الحال فليس فيه ابطال حق البائع وفيه صيانة قضائه عن النقض

قوله ومن اشترى عبدا فادعى اباقا اي جاء المشتري بالعبد الى البائع وقال يحتمل اثباتا لم يحلف بالله انه لم يأبق عنده حتى يقيم المشتري بينة انه ابق عنده اي عند المشتري لان شرط سماع الخصومة في العيب قيام العيب وقت الخصومة فلا يعتبر انكار البائع الاباق ما لم يثبت الاباق عند المشتري فيسأل القاضي البائع ابق هذا العبد ام لا فان اثبت العيب حق سماع الدعوى بعده ان انكر البائع قيام العيب في يده يحلف البائع على البتات وان انكر قيام هذا العيب للحال يقوم المشتري باقامة البينة على ذلك فان قام المشتري البينة على انه ابق عنده ثبت العيب للحال ثم يحلف البائع بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق قط او يحلف بالله ما ابق عندك قط او يحلف بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لجواز انه ابق بعد البيع قبل التسليم وذا اطلق الرد للمشتري بكون يمين البائع صادقة دافعة للرد عنه فيتضرر به المشتري قوله واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة فقيل يحلف عنده ايضا وقيل لا يحلف عنده وهو الاصح بناء على ان التحليف شرع لدفع خصومة محققة لا لانشائها ولو حلف البائع هنا لا تنقطع الخصومة بينهما بل تتحقق بينهما اخرى فانه متى نكل عن اليمين يتحقق العيب للحال فتجري بينهما خصومة اخرى ان هذا العيب هل كان عند البائع ويحتاج الى استحلاف البائع مرة اخرى ولهما انه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه فاذا انكر يستحلف رجاء النكول كما في سائر الدعاوى الا انه يحلف على العلم لانه يحلف على فعل الغير وهو العبد فان حلف لم يثبت وان نكل ثبت ثم يحلف البائع بعده للرد قوله ومن اشترى عبدين صفقة واحدة الى اخره اعلم انه لو اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد باحدهما عيبا اخذهما او ردهما سواء وجد بغير المقبوض عيبا او بالاخر بناء على تفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز وان قبضهما والتقييد بالقبض كالتقييد بتوقيع العقد لما عرف ان ذلك اذا وجد بالمقبوض عيبا رده خاصة لان الصفقة تمت في المقبوض والاول اصح لان تمام الصفقة يتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فما لم يقبض الكل لا تتم الصفقة الا ترى ان حبس المبيع لما تعلق بطلانه بقبض الثمن لا يزول الا بقبض كله ويبقى بباقيه على ان الصفقة لم تتناهى فيما قبض لم يتناه فيما لم يقبض فكان التفريق بين الجواز وعدمه فلم يتاكد ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فقط قال زفر له ردهما الا رد احدهما بناء على ان فيه تفريق الصفقة فيتضرر به البائع برد المعيب فقط فصار كما لو قبل العقد وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لانها تمت بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة وعلى الرد العيب وذا وجد في احدهما والحكم يثبت بحسب العلة الا ترى انه لو استحق احدهما بعد قبضهما لم يتخير في الاخر لان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة بالقبض فكذا اذا وجد العيب في احدهما ولو استحق احدهما قبل القبض له الخيار في الاخر لتفرق الصفقة قبل التمام بخلاف خيار الرؤية والشرط لان الصفقة لا تتم بالقبض لان تمامها يتعلق بتمام الرضا ولم يوجد

في يد البائع بعد موت المشتري قبل ان يمضيه الوارث بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لم يوجد في حق الوارث فلا يمكن التوريث فيه وخيار التعيين الثابت بالشرط لا يورث فيسقط ولكنه يرد المبيع مجهولا لا مختلطا بملك الغير فيثبت له خيار التعيين ابتداء كمن اختلط ماله بمال رجل يثبت له خيار التعيين قوله وفي التعاكس لا يجوز وهو قول زفر رح فان عنده يفسد العقد بناء على ان الخيار اذا شرط في العقد صار حكما من احكام العقد وحقا من حقوقه فاشتراطه لغيره خلاف ما يقتضيه العقد فيفسد كشرط الملك لغير العاقد في الثمن او المبيع ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يصح الا بنيابة عن العاقد فوجب تقديم الخيار مقتضى صحته ثم يجعل غير العاقد نائبا عن العاقد تصحيحا لتصرفه لان اشتراط ما وجب للعقد لغير العاقد يجوز بحكم النيابة وان لم يجز اصالة فيصح من هذا الوجه وزفر رحمه الله لا يرى بعدم الزيادة ايضا لما عرف من مذهبه واذا صح ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار وايهما اجاز او نقض صح لان كل واحد منهما يملك التصرف اما المشتري فبالاصالة واما الاخر فبالنيابة قوله يعتبر السابق بناء على ان رد السابق منهما الفسخ العقد والمفسوخ لا يجاز وبالاجازة السابق منهما انبرم العقد وبعد ابرام العقد لا ينفرد احد العاقدين بفسخه قوله ولو خرج الكلامان منهما معا فالفسخ احق في رواية المأذون وقال في بيوع الاصل تصرف المالك اولى نقضا كان او اجازة لان الصادر عن نيابة لا يصلح معارضا للصادر عن اصالة الا ترى انه لا يقدر على منعه قصدا فلا يصلح ما يختار له تصرفه وتصرف النائب يعارضه تصرف الاصل الا ترى انه يقدر على منعه قصدا فيصلح ما يختار له التصرف لان الحاجة الى النائب عند امتناع المنوب عنه عن التصرف بنفسه فاذا تصرف بنفسه فات الحاجة فاذن تصرف احدهما لم يعارضه ما يعارضه وتصرف الاخر قارنه ما يعارضه فكان الخالي عن المعارض اقوى فكان اولى قوله ان الفسخ اقوى وهو الاصح بناء على ان الحمل بهما متعذر اذ العقد الواحد لا يكون مفسوخا ومجازا وجب الحمل بالراجح ولا يمكن الترجيح بحال العاقد لان كل واحد منهما مالك للتصرف فرجحنا بحال التصرف فقلنا الفسخ اولى لانه اقوى اذ الاجازة لا ترد على الفسخ فالمفسوخ لا يجاز والفسخ يرد على الاجازة فالمجاز يفسخ فاذا اجتمعا كان الفسخ اولى كنكاح الحرة مع نكاح الامة فنكاح الامة لا يرد على نكاح الحرة ولان الاحتياط فيه فالفسخ يوجب الحرمة على المشتري والاجازة توجب الاباحة والمحرم راجح على المبيح فان قلت هذا اعتبار جانب المشتري واعتبار جانب البائع يوجب رجحان الاجازة لانها توجب الحرمة في حقه والفسخ يوجب الابلحة في حقه قلت مراعاة جانب المشتري احق لانا نحتاج في جانبه الى اثبات الحل ابتداء لانه لم يكن ثابتا وفي جانب البائع الى ابقاء الحل لان الحل كان ثابتا له وبالفسخ يعود اليه بقديم ملكه والبقاء اسهل من الابتداء ولان الابقاء مع الشك احق من الاثبات مع الشك لان الشيء يبقى مع الشك ولا يثبت مع الشك فكان اعتبار الفسخ اولى قوله محمد يعتبر فيه تصرف الموكل لكونه اصلا والصادر عن النيابة لا يعارض الاصل وابو يوسف رح يعتبرهما ويجعل العقد بينهما نصفين ويخير كل واحد منهما ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع لتفرق الصفقة قوله وفساده بجهالة الثمن والمبيع لان من له الخيار غير داخل في الحكم فيبقى الاخر وحده في الحكم وهو مجهول لان الثمن مجهول لانه يثبت بالحصة بطريق التقسيم

عليه وعلى ما لم يدخل في الحكم والحصة مجهولة فصار كبيع احد العبدين **قوله** وانما جاز بناء على ان المبيع معلوم
والثمن معلوم فلا فساد من قبل الجهل غير انه تعلق القبول في الذي لا خيار فيه بقبول الآخر ولكنه شرط صحيح
لان الذي فيه الخيار داخل في العقد وان لم يدخل في الحكم واذا دخل في العقد صار قبوله شرطا بمنزلة المدبر
وام الولد بخلاف ما لو اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي لانه غير داخل في العقد اصلا **قوله**
واما الجهالة للمبيع بناء على ان من فيه الخيار غير داخل في الحكم فيبقى الآخر وحده وهو مجهول فصار المبيع مجهولا **قوله**
او الجهالة الثمن بناء على ان ما فيه الخيار غير داخل في الحكم فيبقى الآخر وحده وثمنه مجهول لانه يثبت بطريق الحصة بالتقسيم
فصار كالذي لم يدخل تحت العقد اصلا فان قلت اليس انه لو اشترى عبدين بالف فاذا احدهما مدبرا ومكاتب فان العقد
ينعقد صحيحا في القن وان كان لا ينعقد في حق القن بالحصة قلت قال بعض مشايخنا على قياس ما ذكر هنا لا يصح العقد
في القن في تلك المسئلة وصار ما ذكر هنا رواية في تلك المسئلة وبعضهم فرقوا ووجهه ان الخيار يمنع انعقاد العقد في
حق الحكم ويجعل العقد كالمعدوم في حق الحكم فيما شرط فيه الخيار فلو انعقد في حق الآخر ينعقد بحصته ابتداء وذا لا يجوز
وفي المدبر والمكاتب البيع منعقد في حق الحكم اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع انعقاد العقد ولهذا لو قضى بجواز بيعهما
يجوز ولكن لم يثبت الحكم صيانة لحقهما والصيانة تحصل بمجرد منع الحكم فلا ضرورة الى جعل العقد غير منعقد في حق
الحكم واذا انعقد العقد في حقهما في حق الحكم كما انعقد في حق القن كان انقسام الثمن حالة البقاء عند الفسخ العقد
عليهما وذا لا يمنع الجواز كما لو باع عبدين وهلك احدهما قبل التسليم فان العقد يبقى في الباقي بحصته من الثمن **قوله**
فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد وعند مالك رح يصح كما في الثلثة وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصح في الكل
قياسا لان المبيع احد الثوبين او الاثواب وهو مجهول متفاوت وجهالة المبيع فيما يتفاوت تمنع صحة العقد لافضائها
الى النزاع كبيع شاة من القطيع وثوب من العدل فصار كما لم يشترط الخيار ولنا انه في معنى شرط الخيار اذ الجواز فيه
للحاجة الى التامل والتروي ليختار الارفق والاوفق منها فالحاجة الى مخالف موجب العقد فكذا احتاج هنا الى اختيار من يثق به
او من يشتريه لاجله وربما يشترى شيئا لعياله ولا يعجبه اصحاب الحمال ان يحمل بنفسه الى السوق والبائع لا يمكنه من الحمل
الا بالضمان ان لم يتابعه ولا يدري يلحق بحاجته فجوز البيع على هذا الوجه دفعا للحاجة والجهالة لا توجب الفساد
لعينها بل لافضائها الى المنازعة ولهذا صح بيع قفيز من صبرة مع جهالته لانها لا تفضي الى النزاع لان المشتري
يطالب بتسليم الارفع والبائع يسلم الاردى فيتحقق المنازعة واذا شرط الخيار للمشتري فالجهالة لا تفضي الى
النزاع لان الامر صار مفوضا الى المشتري فيختار ايا شاء ويرد الآخر والحاجة تندفع بالثلثة كما قال في المتن
قوله والاول يجوز واستعارة لاحتمال ان يكون كل احد منهما هو المبيع وجواز الاضافة الى احدهما والمراد
احدهما كقوله عليه السلام اذا سافر بهما فادنا واقيما **قوله** ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه اي في الهالك
او المعيب فان قلت اذا طلق احدى امرأتيه ثم ماتت احداهما تعينت الباقية للطلاق دون الهالكة وهنا
تعين الهالك للبيع قلت لان الهالك يهلك على ملكه وفي الفصل الثاني اما الموت فلانه يهلك على ملكه حيث

يعني الباقي للرد وفي الطلاق يهلك الهالكة على ملكه حيث تعينت الباقية للطلاق **قوله** فاخذها بالشفعة
فهو رضا فان قلت يشكل بان لا يجب الشفعة عند ابي حنيفة رح لان المشتري لم يملك الدار المشتراة عنده كما لو ثبت
له الشفعة اذا كان الخيار للبائع قلت طلب الشفعة من المشتري دليل على اختياره الملك في الدار المشتراة لان الاخذ
بالشفعة لدفع ضرر الجوار وذا انما يستدام بالملك فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك للمشتري في الدار
المشتراة من وقت الشراء فظهر ان الجواب سابق على هذا وجب الشفعة وصار رضا بالبيع **قوله** ليس لهما ان اسباب الخيار
لهما اثبات لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما يحتاج الى دفع الغبن عن نفسه ويختار من له الخيار
الا رفق والاوفق فلو بطل بابطال الآخر لما حصل هذا المقصود والى حنيفة ان المشروط خيارهما لا خيار كل احد منهما
فلا ينفرد احدهما بالرد وحق الرد ثبت على وجه لا يتضرر به البائع وفي رد احدهما تعييبه اضرار بالبائع اذ المبيع خرج
عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رد احدهما ينفسد لرده مع ما يحدث الشركة اذ الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فالبائع
لا يمكن من الانتفاع به الا بطريق التهايؤ وقد كان قبل البيع متمكنا من الانتفاع متى شاء والخيار للمختار من له الخيار الارفق
الا وقع على وجه لا يلحق الضرر بغيره وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد ثم
يتضرر الراد في امتناع الرد الا انه ضرر يلحقه لعجزه عن تحقيق شرط الرد لا بتصرف من البائع والبائع يتضرر بتصرف الراد
فكان رعاية جانب البائع اولى ولا يقال ان هذا العيب حدث في يد البائع لان تفرق الملك بسبب الرد وقبل القبض لانه وان حدث
في يد البائع فانما حدث بفعل المشتري من المشتري اذ عيب المعقود عليه في يد البائع لم يمكن له ان يرده بحكم خياره **قوله**
فيستحق في العقد بالشرط ولا يقال هذا الشرط بخلاف مقتضى العقد فوجب ان يكون مفسدا لان هذا الشرط يرجع الى بيان
صفة المبيع وكل شرط يرجع الى بيان صفة الثمن او المثمن فهو ملائم لا يفسد به العقد كشرط كونه كاتبا او انثى شرط كون
الثمن مرهونا به او مكفولا به

باب خيار الرؤية وجه المناسبة ان كل
واحد من البابين يمنع عقد غير لازم وانما قدم خيار الشرط لكونه متفقا عليه وهذا مختلف فيه اعلم انه اذا اشترى الرجل
شيئا في زق او برانيا في جوالق او درة في حقة او ثوبا في كم واتفقا انه موجود في ملكه ولم ير المشتري شيئا من ذلك صح البيع
عندنا وله الخيار اذا رآه في ملكه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد لانه باع شيئا مجهولا فصار
كما لو باع عبدا من عبيده وهذا لان المقصود من شرى العين ماليته ولهذا لا يرد على ما ليس بمال والمالية في الاوصاف
ولهذا تزداد وتنقص بها وهي مجهولة لانها تعرف بالرؤية فصارت كجهالة العين وهو مفسد فكذا جهالة الوصف ولنا
العمومات المجوزة بلا قيد الرؤية فلا تتقيد بقيد الرؤية عليها لانها كالنسخ وفي المشاهير انه صلى الله عليه وسلم
قال من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه حقق الشرى وبنى عليه حكما وعنده الامر بخلافه ولان المبيع معلوم العين
مقدور التسليم فيصح بيعه كالمرئي وهذا لان الخلاف في امر قائم بين يديهما منفعته والاشكال في عينها معلوم بالاشارة
الى مكانها التي هي اسباب التعريف وكذا الاشارة الى مكانها وليس في ذلك المكان شيء يسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها امة
ومملوكة فانها تعرف باخبار البائع اياه لانه وان فتحت النقاب لا يعلم ذلك الا بقول البائع وقد اخبر به وانما بقي بعدم

دونه وجهها الجهل ببعض صفاته لوجه من فوات بعض الاوصاف كالسمع والبصر وغيرهما وذا لا يمنع
الجواز ولهذا لا يمنع لزوم العقد فكذا هنا ولان الجهالة انما تفسد العقد اذا افضت الى النزاع كما في شاة
من القطيع لانه عند ذلك لم يبق العقد مفيدا واما اذا لم تفض الى النزاع فلا كبيع قفيز من الصبرة وجهالة الاوصاف
بسبب عدم الرؤية لا تفضي الى النزاع بعد ما صار معلوم العين اذ لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف
في المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا ولم يعلم عدد ذرعانه وانما تاثيرها في تفويت تمام الرضا وذا شرط انبرام
العقد لا شرط جوازه الا ترى ان البيع مع خيار الشرط يصح ولا يلزم لفوات تمام الرضا قوله وكذا اذا قال
رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار يتعلق ثبوته بالرؤية بالسنة فكان عدما قبل الرؤية فلا يصح اسقاطه
فان قلت لو لم يكن له خيار الرؤية لما كان له حق الفسخ فله ان يفسخ العقد قبل الرؤية قلت حق الفسخ قبلها لعدم لزوم
العقد لا بمقتضى الحديث وهذا لان صحة الفسخ تعتمد عدم لزوم العقد والعقد هنا قبل الرؤية غير لازم لتمكن
الخلل في الرضا اذ هو عبارة عن الاستحسان واستحسان الشيء مع جهل اوصافه لا يتحقق واللزوم يعتمد تمام
الرضا وتمامه بالعلم باوصاف هي مقصودة وانما يحصل العلم بها بالرؤية فلذا لا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ولانه
لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية يلزم امتناع الخيار بتقدير الرؤية والخيار ثابت بتقديرها بالحديث فما ادى الى
ابطاله يكون باطلا وهذا لانه حينئذ توجد رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار والرضا بالعيب قبل رؤيته انما
يصح لان سببه العيب وكون المبيع معيبا سابق على الرضا فاعتبر لوجود سبب الخيار وهنا السبب الرؤية فلا يثبت
الخيار قبلها قوله ومن باع ما لم يره بان ورث شيئا فباعه قبل الرؤية فلا خيار له وكان ابو حنيفة رضي الله عنه
يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب والشرط فانهما يثبتان للبائع والمشتري وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا
زوالا في حق البائع وثبوتا في حق المشتري اذ البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي فيشترط كمال الرضا التام السبب وذا
لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذا بالرؤية فلم يكن راضيا بالزوال قبلها ثم رجع وقال لا خيار له لان الخيار
ان يثبت للبائع فاما ان يثبت نصا او دلالة او بحديث آخر لا يجوز الاول لانه معلق بالشراء فكيف يثبت بالبيع ولم يرد
حديث في البيع وهو ليس في معنى الشراء ليثبت الحكم فيه دلالة لان المشتري ظنه خيرا مما اشترى فرده لفوات الوصف
المرغوب فيه والبائع لو رده لرده باعتبار ان المبيع ازيد مما ظنه فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو سليم
فانه لم يثبت للبائع خيار وروي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا له بالبصرة الى آخره وفيه دليل جواز البيع خلافا
لما يقوله الشافعي رحمه الله انه لا يجوز بيعه قوله ثم خيار الرؤية غير موقت لان الحديث ورد مطلقا للمشتري
فالتوقيت فيه زيادة على النص فيبقى الى ان يوجد ما يبطله قوله لانه لا يربو على صريح الرضا اي الخيار لا يبطل قبل الرؤية
بتصريح الرضا بعد لا للتراخي الا انه اذا تعلق به حق الغير صار ذلك الحق مانعا من الفسخ ولا حق هنا وان كان ذلك
بعد الرؤية بطل خياره لان بعدها يسقط خياره بتصريح الرضا فيسقط بدليله ايضا ولو اشترى ارضا ولها
اكار فزرعها الاكار برضا المشتري ثم رآها فليس له ان يردها لان فعل الاكار كفعل المشتري قوله وكذا النظر

الى ظاهر الثوب عندنا وعند زفر رحمه الله لا بد من نشره ورؤيته كله لانه ليس مطويا فلا يعرف كله برؤية بعضه ولنا انه
يستدل برؤية طرف منه على ما بقي اذ لا يتفاوت اطراف الثوب الواحد الا يسيرا وذا غير معتبر قوله والاصح ان
جواب الكتاب على وفاق عادتهم على عادة اهل الكوفة في زمن ابي حنيفة رحمه الله انها تكون على تقطيع واحد ولا تختلف
بالصغر والكبر فاذا رآها ظاهرا يستدل بذلك على داخلها فاما اليوم فتتفاوت الدور وتختلف فالنظر الى الظاهر لا يوقع
العلم بالداخل لا يصح ما قاله زفر رحمه الله قوله ونظر الوكيل كنظر المشتري صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره
كن وكيلا عني بقبض المبيع وصورة الرسول ان يقول كن رسولا عني بقبضه واصل المسئلة ان الوكيل بالقبض يملك ابطال خيار
الرؤية عنده خلافا لهما وانما يملك عنده اذا قبضه وهو ينظر اليه فان قبضه مستورا ثم اراد بعد ما نظر اليه ابطال الخيار
قصدا فليس له ذلك لهما انه وكله بالقبض دون ابطال خيار الرؤية فليس بقبض فلا يملكه ولهذا لا يملك ابطاله قصدا فلا يملك
ابطال خيار الشرط والعيب ولابي حنيفة ان القبض على نوعين تام بحيث لا يرد عليه القبض وهو ان يقبضه وهو يراه
وهو يسقط الخيار لدلالته على الرضا وناقص بحيث يرد عليه القبض وهو ان يقبضه مستورا وهو لا يسقط الخيار
لعدم الرضا وهذا لان تمام القبض بتمام الصفقة وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لان تمامها يكون بتمام الرضا ولا تمام مع
بقاء خيار الرؤية والموكل يملك نوعي القبض فكذا الوكيل لانه يملك الوكيل ما يملكه لكن على البدل لا على الشمول لان اللفظ
مطلق لا عام فاذا قبضه وهو ينظر اليه يبطل الخيار بمقتضى تمام القبض كما لو قبضه الموكل وهو ينظر اليه واذا قبضه
مستورا فقد اختار الناقص فانتهت الوكالة بالناقص ويحتمي ذلك للوكيل فلا يملك اسقاطه قصدا بعده لضرورته
اجنبيا عنه بخلاف خيار العيب فانه لا يبطل بقبض الوكيل في الصحيح لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وبانقضاء
التمام كان يبطل الخيار وقد عدم واما خيار الشرط فقد ذكر لو اشترى شيئا على انه بالخيار فوكل وكيلا بالقبض فقبضه بعد
ما رآه فهو على الخلاف ولئن سلم فمواضع فالوكيل قائم مقام الموكل لو قبض المبيع في خيار الشرط وهو يراه لا يبطل
خياره فكذا من يقوم مقامه اذا قبضه وهو يراه وهذا لان الخيار شرع للاختبار والتروي والتامل به بعد القبض
حتى اذا استحسنه اخذه واذا استقبحه تركه وهذا المعنى يبطلان الخيار بمقدار القبض بخلاف الرسول فانه لا يملك
شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة الا ترى ان الرسول بالبيع لا يملك القبض والوكيل بالبيع يملكه واما صورة الاسقاط قصدا
فهي ان الوكيل بالقبض اذا قبضه مستورا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لا يسقط الخيار قوله لان الوصف يقام
مقام الرؤية يحتمل ذكر الوصف يقوم مقام الرؤية في مواضع كما في السلم والمقصود دفع الحرج عنه وقد
حصل بذكر الوصف ولئن كان بالرؤية اتم قوله لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده لان تمامها بتمام
الرضا وذا لا يكون قبل الرؤية ولهذا يتمكن من الرد بلا قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الاصل قوله ومن مات وله خيار
الرؤية بطل خياره بناء على ان الخيار انما يثبت للعاقد بالنص والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له الخيار وعدم من قبل
قوله وان اختلفا في التغير فقال المشتري قد تغير وقال البائع لم يتغير فالقول للبائع مع يمينه وعلى المشتري
البينة لان سبب لزوم العقد وهو الرؤية السابقة ظاهر والتغير حادث والقول لمن يتمسك بالظاهر وهذا

اذا كانت المدة قريبة علم انه لا يتغير في مثل تلك المدة فان لم يحدث في المدة ما لا يرى انه مثابه ثم اشتراها بعد عشر سنين
وزعم البائع انها لم تتغير فالقول للمشتري لان الظاهر شاهد له **قوله** وجراب هروي عدل زطي الزطي جيل من الهند
ينسب اليه الثياب لو طيه فيد بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضا لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع وغيره والاصل في هذا
ان خيار الرؤية والشرط يمنع تمام الصفقة لخلل في الرضا وكذا خيار العيب قبل القبض لان العقد قبل القبض غير تام
اذ لا يفيد ملك التصرف وان افاد ملك الرقبة واما خيار العيب بعد القبض فلا يمنع تمام الصفقة في الباقي اذا اتصل به
القبض تفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز اعتبارا بابتداء الصفقة فانه اذا اوجب البائع في شيئين لا يملك المشتري القبول
في احدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين التجار بضم الجيد الى الردي ترويجا للردي بالجيد فان قلت هذا
موجود في خيار العيب بعد القبض ومع هذا ملك التفريق قلت التفريق قبل القبض اضرار لاستبداده وتفرده بالرد
اذ يرده بالرد بلا قضاء ولا رضا والتفريق بعد القبض اخف ضررا لافتقار الرد بعد القبض الى القضاء او الرضا فاذا ثبت
هذا فنقول قد عجز عن الرد فيما خرج عن ملكه فلو رد ما بقي كان في خيار الشرط والرؤية تفريقا للصفقة على البائع قبل
التمام وذا لا يجوز بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان لم تتم قبله ووضع المسألة فيما بعد القبض
فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خياره لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة
وعن ابي يوسف رح ان خياره بعدما سقط لا يعود لان الساقط لا يعود وهو اختيار القدوري رحمه الله عليه

باب خيار العيب

ورتب ابواب الخيارات من الشرط والرؤية على حسب ترتيب قوة تاثيرها في البيع وقد ذكرناه العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة كذا في المبسوط
اعلم ان مسائل خيار العيب في مواضع في بيان معرفته وفي بيان العيوب التي توجب الخيار جملة وتفصيلا وفي بيان ما يمنع
الرد ويسقط الخيار وفي بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع وفي بيان الابراء عن العيوب وسياتي بيان
الكل في اثناء المسائل اعلم ان المشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فهو بالخيار ان شاء اخذه بكل الثمن وان شاء رده لان مطلق
العقد يقتضي سلامة المبيع عن العيب لان كل واحد من العاقدين صاحب عقل وتمييز فلا يرضى بالغبن والمراد عيب
كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضى به **قوله** وليس له ان يمسكه وياخذ النقصان
لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد بناء على ان الثمن عين ويكون مقابلا بالعين دون الوصف لانه عرض غير متقوم
ولان الثمن لا يخلو اما ان يقابل بالوصف والاصل او بغيره فيسويه بين المبيع والاصل او بالوصف فقط وفيه يرجح التبع على
الاصل وبلا اصل وان الوصف هو المرام الا اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو قطع البائع يد المبيع
قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول او حكما بان يمتنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري
او لحق الشرع بالجناية ولانه لو امسك واخذ النقصان لتضرر به البائع لانه ما رضي بزوال المبيع عن ملكه الا
بكل الثمن ولو امسكه ولا ياخذ النقصان لتضرر به المشتري فبالرد يندفع الضرر عنه بلا اضرار البائع فصرنا اليه **قوله**
حتى يعاوده بعد البلوغ في يد البائع ثم يسعد معاوده في يد المشتري ومعنى هذا انه اذا ظهرت العيوب عند البائع

وتصير البائع من قبل ترك التبيين فلا يعتبر في حق المشتري كذا في المبسوط وذكر في المختلف ما يخالف هذا فقال اذا اشترى عدلين
ووجد باحدهما عيبا قبل القبض او حصته من الثمن عيبا فكما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبل القبض
قوله ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن علم ان المبيع اذا كان كيليا او وزنيا من نوع واحد ووجد بعضه عيبا
رده كله او اخذه وليس له ان يرد المعيب خاصة سواء كان قبل القبض او بعده اما قبل القبض فظاهر لانه تفريق الصفقة
على البائع قبل التمام وكذا بعد القبض بخلاف الثوبين والعبدين والفرق ان المكيل والموزون كشيء واحد حكما وتقديرا ولهذا
اسما حقيقة لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فالحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى
لا يصح بيعها واذا كانت المالية والقابلية باعتبار الاجتماع صار الكل في حق المبيع كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر
ونحوه وجعل رؤية البعض كرؤية الكل كالثوب الواحد ولو كان شيئا واحدا حقيقة ووجد بعضه عيبا بعد القبض
لا يرد المعيب فقط بخلاف العبدين فان لكل واحد مالية على الانفراد **قوله** بخلاف المكيل والموزون اذا استحق
بعض المكيل او الموزون فلا خيار له في رد ما بقي لان الشركة في المكيل والموزون لا تعد عيبا لان التبعيض لا يضرهما والاستحقاق
لا يمنع تمام الصفقة لان العقد حق العاقد وتمامه يستدعي تمام الرضا من العاقد لا من المالك وقد وجد وان كان ثوبا فله الخيار
لان التبعيض فيه عيب عرفا وقد كان عند البائع حيث ظهر الاستحقاق **قوله** ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها
او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضى وكذا اجارة المشتري المبيع وعرضه على البيع ولبسه وسكناه دليل الرضى بالعيب
والاصل ان المشتري اذا تصرف في المبيع بعدما علم بالعيب تصرف الملاك بطل حقه بالرد لانه دليل الرضى بالعيب والامساك
وذا كالاجارة والرهن والكتابة والاستخدام مرة ثانية والعرض على البيع واللبس والركوب والسكنى والمداواة بخلاف
خيار الشرط فان الركوب واللبس ليس دليل اختيار الملك لان خيار الشرط شرع للاختبار والركوب واللبس مرة يحتاج
اليه للاختبار فلو جعل ذا اختيار الملك يفوت فائدة خيار الشرط واما خيار العيب فما شرع للاختبار وانما شرع للرد
ليصل الى راس ماله عند عجزه عن الوصول الى الجزء الفائت والتصرف فيه لا يحل الا بالملك فجعل دليل الرضى والامساك **قوله** وان
ركبها ليردها على بائعها او يسقيها او يشتري علفها لا يكون رضا استحسانا لانه يحتاج في ردها الى سوقها وربما لا تنقاد له
ما لم يركبها وكذا في سقيها وعلفها فالركوب لاجله لا يكون دليل الرضا منه وانما يكون دليل الرضى ان ركبها في حاجة نفسه
وقيل تاويله اذا لم يمكنه الرد والسقي واشتراء العلف الا بالركوب كما ذكر في المتن وقيل الركوب للرد لا يكون رضا وان امكنه
بدون الركوب لانه يفضي الى الرد ويعززه ولا كذلك الركوب للسقي والعلف **قوله** ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم
فقطع عند المشتري اعلم انه اذا اشترى عبدا فوجده مباح الدم لقود او ردة او قطع طريق فقتل فيه او قطع عند
المشتري له ان يرده على البائع ويرجع بكل الثمن عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يرده ولكن يقوم مباح الدم ومحصون الدم
فيرجع بفضل ما بينهما وكذلك في السارق يرجع بنقصانه فيقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما ولهما ان التلف وجد
في يد المشتري وضمانه اذا التلف حكم الاتلاف والاتلاف وجد في ضمان المشتري فيكون التلف موجودا في ضمانه ضرورة وانما
الموجود في يد البائع سبب القتل والقطع ولانه لا ينافي المالية الا ترى ان بيع مباح الدم صحيح وبالقبض ينتقل الى ضمان المشتري

حتى لو مات نقد الثمن ولو تصرف فيه المشتري بعد قبضه لكنه يوجب نقصانا وعيبا في المالية فيرجع بنقصانه عند تعذر رده كما لو اشترى حاملا وهو لا يعلم فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل من الثمن ولا يرجع بكل الثمن وإن كان أصل السبب في يد البائع ولأبي حنيفة رحمه الله أن المبيع استحق من يد المشتري بسبب كان في ضمان البائع فيستفيض نقضه كما لو استحقه مالكه أو هلك في يد البائع وهذا لأن السبب الموجود عند البائع أوجب استحقاق القتل واستحقاقه أوجب وجوده أوجب فوته فصار ذلك مضافا إليه بهذه الوسائط كما في سرى الغرب والدليل على أن نسبة التلف إلى سبب الاستحقاق واجب لأن المحل علم الاستحقاق يصير كالتلف أنه لو حصل سبب استحقاق التلف في المغصوب في ضمان الغاصب فرده على المالك ثم قتل أو قطع بناء على ذلك السبب يرجع المالك بكل القيمة أو بنصف القيمة على الغاصب وفي مسئلة الحامل ممنوعة ولئن سلم فالسبب الذي كان عند البائع ثمة يوجب انفصال الولد لا موت الأم إذ الغالب عند الولادة السلامة

قوله وعليه رده بدون رضى البائع للعيب الحادث ثم يرجع بربع الثمن لأن اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بشيئين وله في أحدهما حق الرجوع بنصف الثمن دون الآخر فينتصف النصف وإن قبله البائع كذلك رجع المشتري على البائع بثلاثة أرباع الثمن أما نصف الثمن فلرده نصف العبد والنصف الذي فات بالقطع انصف تلف إلى السرقتين بدليل بطلان الحصتين فانقسم عليهما نصفين وفي أحدهما الرجوع فينتصف فلهذا يرجع عليه بثلاثة أرباع الثمن فإن تداولته البيوع والأيدي ثم قطع أو قتل عند الآخر رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما بمنزلة العيب فيرجع الأخير على بائعه لأنه لم يصر حابسا المبيع حيث لم يبعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه صار بالبيع حابسا المبيع وهذا إذا لم يعلم المشتري به فإن علم به لم يرجع بشيء عندهما لأن العلم بالعيب رضا به وعنده يرجع في أصح الروايتين لأنه بمنزلة الاستحقاق عنده والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وفي رواية عنه لا يرجع لأن له الرد من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق عند الجهل به يرجع بكل الثمن ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء عملا بهما

قوله وقال الشافعي رحمه الله لا تصح البراءة بناء على مذهبه اعلم أن الكلام في صحة شرط البراءة من كل عيب بناء على صحة البراءة عن الحقوق المجهولة كالديون وعند الشافعي لا تصح لأن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالأخطار والإسقاطات كالطلاق والعتاق يصح تعليقها بالأخطار ولا يرتد بالرد ولهذا لو قال أبرأتك عن العيب أو عن الدين إن شئت كذا لا يصح وتمليك المجهول لا يصح كبيع شاة من القطيع وعندنا يصح لأن الإبراء إسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق ويصح بقوله أسقطت عنك ويتأتى الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى النزاع وإن كان فيه معنى التمليك باعتبار أنه يرتد بالرد لأنه لا يحتاج فيه إلى التسليم الواجب بالعقد لأنه عند ذلك يتحقق النزاع والمسقط متلاش لا يحتاج فيه إلى التسليم فالجهالة فيه لا تفضي إلى النزاع فلا يكون مفسدا وقد احتجت الصحابة رضي الله عنهم على جواز البيع بهذا الشرط

قوله ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود عند العقد والعيب الحادث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يدخل الحادث لأن البراءة تتناول الثابت فتنصرف إلى الموجود عنده دون الحادث ولهما أن الغرض بهذا الشرط إبرام العقد ولزومه على وجه لا يرد عليه البعض بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذا لا يحصل إلا إذا دخل الموجود عند العقد والحادث قبل

القبض في البراءة عنه فالقول للبائع لأنه ينكر حق الرد عليه كما لو أبرأه عن كل دين ثم ادعى دينا حادثا فالقول للمدعى عليه لأن رب الدين يدعي الوجوب بعد البراءة والمطلوب ينكر

باب البيع الفاسد

اعلم أن البيع نوعان صحيح وفاسد فالصحيح نوعان لازم وغير لازم وقد مر النوعان ثم شرع في الفاسد وأخره لأن الصحيح هو الأصل والفساد ممنوع عنه قوي في صلب العقد وضعيف وهذا الباب لبيانهما

قوله أحد العوضين بطريق التغليب لأن أحدهما معوض والفاسد أعم من الباطل لأن كل باطل فاسد ولا ينعكس فلذلك اختاره لأنه ذكر فصولا في بعضها البيع باطل وفي بعضها البيع فاسد

قوله البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركنه كما قال في المتن

قوله ولو هلك المبيع في يد المشتري في البيع الباطل إلى آخره اعلم أن البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلا ويكون المقبوض فيه أمانة عند القابض كما ذكر في المتن والبطلان باعتبار فوات ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض كما مر في المتن والفساد إما لمعنى في المحل مع قيام المالية وإما لمعنى في العاقد وإما لمعنى في العقد مع قيام أصله وأما لمعنى في البدل إذا أسقط هذا فنقول بيع الميتة والدم والحر باطل وكذا البيع بالميتة والدم والحر لفوات الركن لأن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد والصفة المالية للشيء بتمول كل الناس أو بتمول البعض إياه والقيمة إنما تثبت بإباحة الانتفاع شرعا وقد تثبت صفة التقوم بدون صفة المالية فإن حبة من الحنطة ليست بمال لا يصح بيعها وإن أبيح الانتفاع بها شرعا لعدم تمول الناس إياها

قوله وأما بيع الخمر والخنزير إن كان بالدين كالدراهم أو الدنانير فالبيع باطل لأنه لا ينعقد الحكم في طرف المبيع أصلا وهذا لأن المبيع هو الأصل في البيع لتوقف البيع على وجوده لا على وجود الثمن والأصل ليس بمحل للتمليك فكذا البيع لأن ثبوته في الذمة إنما يكون حكما للملك بمقابلة مال الخمر فإذا لم يوجد ذلك لا يثبت في الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم

قوله بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر يعني إن بيع الثوب بخمر أو خنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنهما مال عند أهل الذمة

قوله وكذا إذا باع الخمر بالثوب يعني لا تفاوت في الحكم بين أن يدخل الباء في الخمر أو في الثوب فإنه يفسد البيع في الوجهين والفرق بين الخمر والخنزير مال إلا أنه غير متقوم لأن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا بأن اشتراها بالدراهم إعزاز لها فرد الشرع هذا التصرف وأبطله إهانة لها ودفعا لإعزازها أما إذا اشترى الثوب بالخمر فمشتري الثوب إنما قصد تملك الثوب بالخمر وفيما تملك الثوب إعزاز للخمر بل فيه إعزاز للثوب ففي ذلك الخمر يصير آلة لملك الثوب وفي حق مشتري الخمر مقصوده تملك الخمر فلم يظهر حكم التقوم في حقه لئلا يكون إعزازا لها فظهر في حق تملك الثوب فصار العقد منعقدا في حق الثوب ولم يصح تسمية الخمر في حق نفسه فيكون العقد واقعا بقيمة الثوب لأنه لم يملكه مجانا بل بعوض وقد تعوض مقابلته بذلك العوض لا قيمة لذلك العوض فصار إلى قيمة هذا العوض ضرورة

قوله وأن باعت أم الولد أي لو مات المدبر أو المكاتب أو أم الولد في يد المشتري لم يضمن وقال لا يضمن في المدبر وأم الولد قيمتهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأنهما مقبوضان بجهة البيع فيضمنان بالقيمة لأن المقبوض بجهة البيع ملحق بالمقبوض بالبيع الفاسد كالمقبوض على سوم الشراء إذا هلك يضمنه وهذا لأنهما دخلا تحت البيع حتى يملك

ما يضم إليهما في البيع بأن جمع بين مدبر وأم ولد ومكاتب فإنه لا يضمن المشتري إذا قبضه ومات عنده أما لأنه
في يد نفسه فلا يتحقق القبض في حقه وهذا الضمان باعتبار القبض ولهما أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقة البيع الفاسد
في موضع يتصور فيه ثبوت حكم البيع الفاسد وهو ثبوت الملك عند اتصال القبض وهنا حكم البيع الفاسد ولا تضمن به ولا يشترى
بالقيمة كالمكاتب ليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما **قوله** فصار كمال
المشتري يعني لو اشترى من غيره عبد نفسه وعبد البائع صفقة واحدة فإن عبده لم يدخل في شرائه ليثبت الملك في حق
الآخر وهذا لأنهما مال من وجه فلا خلاف البيع في حق انعقاد العقد على غيره ولم يدخل في حق انعقاد
العقد على نفسه عملا بالدليل بخلاف الحر لأنه ليس بمال بوجه **قوله** ومعناه إذا أخذه وألقاه في الحظيرة
حتى صار ملكا له لأنه غير مقدور التسليم فصار كمن باع آبقا لو كان يؤخذ بغير حيلة جاز لأنه ملكه
بالاصطياد وقد باع ملكه وهو مقدور التسليم فيجوز كبيع عبد أرسله في حاجته ولو باع في حظيرة باصطياده
لم يصح بيعه إن أمكن أخذها بلا اصطياد ولم يملكه لأنه غير مالك لأنه لم يحرزها فبقيت على الإباحة الأصلية وإن سد موضع
دخول الماء فصار بحال لا يستطيع الخروج منها لا يصح البيع عند بعض المشايخ رح لأنه لم يملكها لأن بهذا القدر
ليس بآخذ كالطير طار في بيت إنسان فسد الباب أو الكوة لا يصير محرزا بهذا القدر ما لم يأخذه وقيل يصح البيع إذا
أمكن أخذهن بلا اصطياد لأنه بما فعل صار آخذا لهن حكما فصار ملكا له كما لو وقع في شبكة وهذا الخلاف فيما إذا لم
يهيئ الحظيرة للاصطياد وأما إذا هيأها صار ملكا له بلا خلاف **قوله** ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهيه
صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة فالحبل ما كان في البطن والنتاج ما يحمل هذا الحبل وهو حبل الحبلة
وقد كانوا اعتادوا ذلك في الجاهلية فأبطل ذلك بالنهي ولأن فيه غررا وقد نهى النبي صلعم عن بيع فيه غرر وهو
ما انطوت عنك مغبته وخفيت عليك عاقبته ودخول التاء في الحبلة للإشعار بمعنى الأنوثة فيه فيكون المراد بيع ما تحمل هذه الحامل
أن ولدت ثم حبلت ولدها والمراد بيع حمل ولدها **قوله** ولا بيع اللبن في الضرع للغرر فإنه لا يدرى
أنما في الضرع لبن أو ريح ولأن اللبن يزداد ساعة فساعة وتلك الزيادة لم يتناولها البيع واختلاط المبيع
بالغير يمنع مبطل للبيع **قوله** فيما يروى عنه أي يروى عن أبي يوسف رح أنه يجوز بيع هذا الصوف
لأنه باع مالا منتفعا به مقدور التسليم فيجوز كبيع القوائم ولهما أنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بملك البائع اختلاطا
لا يحتمل التمييز بخلاف القوائم لأنها تنبت من أعلى فلا يختلط المبيع بملك البائع **قوله** لأنه لا يمكن تسليمه إلا
بضرر ولا يقال إنه التزم الضرر لأن لا التزام بدون العقد فلا يكون لازما والعقد ما أوجب عليه ضررا فيمكن
من الرجوع ولا يرضى به فيتحقق النزاع فيمتنع التسليم والتسلم **قوله** وقال الشافعي رح فيما دون خمسة
أوسق أي يجوز بيع التمر على رؤوس النخل بتمر مجذوذ على الأرض خرصا فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على
خمسة أوسق وله في قدر خمسة أوسق قولان له أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهي أن
يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق ولنا العرية العطية لغة وتأويله أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل

ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في
الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص دفعا للضرر عن نفسه وتفاديا عن خلف الوعد وهو عندنا جائز
لأن الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا عنه بل هبة
مبتدأة وإنما سمي بيعا مجازا لأنه في الصورة عوض يعطيه والعقد ذكر ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن
الراوي أن الرخصة مقصورة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسره أهل الفقه والحديث وحمل
على هذا أولى كيلا يصير مخالفا للحديث المشهور **قوله** بخلاف ما إذا اكتوى في التمر والبذر في البطيخ فإن قلت باع ح
ما الفرق بين المختبئات من المبيع فيجوز بيعها كالحنطة في سنبلها وسائر الحبوب في سنابلها وبين بعضها فلا يجوز
بيعها كحب القطن في قطنه ونوى التمر في تمره قلت الفرق فيه أن كل موضع يصح إطلاق اسم ذلك المبيع الذي
باعه عليه وعلى ما يتصل به يجوز البيع إعمالا للصحيح لفظه وما لا فلا فاسم الحنطة ولو كانت في سنبلها يقال هذه
الحنطة وكذلك سائر الحبوب يقال هذه ذرة وهذا أرز وأما في حب القطن فلا يجوز لأنه لا يقال هذا حب وهو في القطن
وإنما يقال هذا قطن وكذلك في بذر البطيخ ونوى التمر لا يقال هذا بذر بل يقال هذا بطيخ وهذا تمر **قوله** وضربة
الغائص وهو الغواص بأن يقول الصائد للتاجر أغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا وتفسيره ضربة القانص
في المتن **قوله** ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة هذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتساوم الرجلان
على سلعة فإذا لمسها المشتري أو وضع عليها حصاة أو نبذها إليه البائع لزم البيع فالثاني بيع الملامسة والأول
إلقاء الحجر والثالث المنابذة **قوله** ولأن فيه تعليقا بالخطر لأنه صار بمنزلة ما إذا قال البائع للمشتري أي ثوب
ألقيت الحجر عليه فقد بعته فكان فيه تعليق البيع بإلقاء الحجر وكذلك غيره **قوله** ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين
أو العبد من عبدين فلو قبضهما وماتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما لأن أحدهما مضمون على المشتري بالقيمة بحكم
بيع فاسد والآخر أمانة وليس أحدهما بكونه مضمونا أولى من الآخر فشاعت الأمانة والضمان فيهما فصار نصف كل
واحد منهما مضمونا ونصفه أمانة ألا ترى أن البيع لو كان صحيحا بأن كان فيه خيار المشتري يضمن نصف ثمن كل واحد منهما
لما مر في باب خيار الشرط والفاسد معتبر بالصحيح والقيمة هنا كالثمن ثمة وضمن قيمة الأول لو تلفا مترتبا لأنه تعين
مضمونا لتعذر الرد ولو حررهما معا عتق أحدهما لأن أحدهما ملكه فقد حرر ما ملكه وما لا يملكه **قوله** ولا يجوز
بيع المراعي ولا إجارتها اعلم أنه لم يرد بها رقاب المراعي لأن بيع رقبة الأرض جائز إذا كانت مملوكة له وإنما المراد بها
ما تحويه المراعي من الكلأ إطلاقا لاسم المحل على الحال أما عدم جواز البيع فلأنه ورد على ما ليس بمملوك للبائع إذ بمجرد
نبات الكلأ في أرضه لا يقطع شركة الناس عنه ولا يصير مملوكا له فبقي على أصل الإباحة ما لم يوجد الإحراز وقال
صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في الثلث في الماء والكلأ والنار والمراد بالماء الذي في الأنهار والآبار أما إذا أخذه
وجعله في إناء فقد أحرزه فيجوز بيعه والمراد بالكلأ ما نبت في الأرض غير مملوكة وما نبت في أرض مملوكة في غير إنبات بلا إنبات
رب الأرض لا يكون محرزا له بكونه في أرضه وما نبت بالسقي في أرض مملوكة فهو مملوك لصاحب الأرض لسعيه بإنباته ومعنى الإنبات

الشركة في النار الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها وتجفيف الثياب بها اما اذا اراد ان ياخذ الجمر فليس له ذلك
الا باذن صاحبها كذا ذكره القدوري واما عدم جواز الاجارة فلورودها على استهلاك العين المباحة ولو وردت
على استهلاك عين مملوكة بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح لان محل الاجارة المنافع دون الاعيان فاذا وردت على استهلاك الاجارة
عين مباحة اولى ولا يلزم الصبغ واللبن في استيجار الصباغ والظئر لان العقد ثمة لاقامة العمل المستحق بالاجارة والحيلة ان
يستاجر موضعا من الارض ليضرب فيه فسطاطا او ليجعله حظيرة لغنمه فيصح الاجارة ويصح لصاحب المراعي الانتفاع له بالمرعى
فيحصل مقصودهما قوله ولا يجوز بيع النحل وقال محمد والشافعي رح يجوز اذا كان محرزا لانه حيوان ينتفع به حقيقة
فيصح بيعه وان لم يؤكل كالحمار والبغل وهذا لان جواز البيع للحاجة الى الانتفاع بما به يكون بواسطة وطورا بلا واسطة ولهما
انه من الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور والحية والعقرب والوزغ وهذا لان الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه فقبل الحدوث والتولد
لا يكون منتفعا والعين انما تصير بدلا لكونه منتفعا بعينه حتى لو باع كوارة فيها عسل مع ما فيها من النحل ذكر القدوري رح في شرحه
تبعا انه يجوز عندهم كما لو باع الشرب مع الارض وانكر الكرخي رح جواز بيع النحل مع العسل وقال الشيء انما يدخل في العقد تبعا
لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب مع الارض وهذا ليس من حقوقه اعلم انه يجوز بيع دود القز وبيضه عند محمد رح وعليه الفتوى
اعتبارا للعادة ولانه يتولد منه ما هو منتفع به فيصح بيعه كبذر البطيخ وقال ابو حنيفة لا يصح بيعهما اما الدود فلانه
من الهوام واما بيضه فلانه غير منتفع به باعتبار ذاته بل باعتبار غيره وذلك الغير معدوم وقال ابو يوسف يصح بيع الدود
اذا ظهر القز فيه تبعا والا لا وجوزه محمد رح كيفما كان قوله ولا بيع لبن امراة في قدح اعلم انه لا يجوز بيع لبن امراة
في قدح حرة كانت او امة ولم يضمن متلفه وقال الشافعي رح يجوز حرة كانت او امة ويضمن متلفه لانه مشروب طاهر كلبن الشاة
وقال ابو يوسف رح ان كان لبن امة يجوز ولو كان لبن حرة لا يجوز اعتبارا باصله لكونه متولدا منه ففي كل موضع جاز بيع الاصل جاز بيع اللبن
وفي كل موضع لم يجز بيع الاصل لم يجز بيع اللبن ولهما انه جزء الادمي بدلالة ان الشرع اثبت به حرمة الرضاع بمعنى البعضية وهو
بكل اجزائه مكرم مصون عن الابتذال والامتهان بالبيع الا فيما حل فيه الرق والرق لا يحل اللبن لانه ضعف حكمي يختص بمحل القوة
التي هي ضده وهو الحي لان الضدين يتعاقبان على موضع واحد ولا حياة في اللبن لانه جماد وليس بمشروب على الاطلاق بل باعتبار
حاجة الطفل لانه لا يتعدى لغيره حتى لو استغنى عنه لم يبح شربه وصبه في عين امرءة عند بعض اصحابنا لا يجوز وقيل يجوز
اذا علم انه يزول به الرمد لتحقق الحاجة قوله افسده عند ابي يوسف رح والصحيح قول ابي يوسف لانه لو كان طاهرا
مباح الانتفاع به يصح بيعه قياسا على عامة ما هو في شأنه وعن بعض السلف انه كان لا يلبس مكعبا محروزا بشعر الخنزير
قوله فباع صاحب العلو علوه اي موضع علوه لم يجز لان هذا بيع لم يصادف محله فيلغو وهذا لان محل البيع المال والذي
لصاحب العلو بعد الانهدام حق التعلي وحق التعلي ليس بمال لانه متعلق بهواء الساحة وهو ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه
الى وقت الحاجة والهواء ليس بهذه الصفة وانما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق قوله
ولهذا يضمن بالاتلاف اي لو اتلف على اخر سقايه بان سقى ارضه بشربه يضمن ولو باع مع الارض كان له قسط من الثمن حتى
اذا ادعى رجل شراء ارض بشربها بالف فشهد شاهدان بذلك وسكت الاخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما

في ثمن الارض لان الذي زاد الشرب ينقص عن ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن وانما لم يجز
بيعه مقصودا في رواية وهو اختيار مشايخ بخارا رح للجهالة ولهذا لو سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع لهلاك
المبيع قبل التسليم قوله والمسيل يحتمل وجهين بيع رقبة الطريق ورقبة المسيل وبيع حق المرور وحق تسييل الماء
فان كان المراد به الرقبة فالفرق بين الطريق والمسيل ان الطريق معلوم الطول والعرض غالبا فيجوز البيع اما المسيل فمجهول
غالبا لانه مقدار ما يشغل من الارض مجهول غالبا لانه يختلف بقلة الماء وكثرته فيبطل البيع بجهالته وان كان المراد به
حق المرور وحق تسييل الماء فالجواب المذكور في تسييل الماء باتفاق الروايات وفي حق المرور لا يجوز بيع حق المرور ولا يجوز على رواية
الزيادات وبه اخذ الكرخي رح وعلى رواية كتاب القسمة يجوز وبه اخذ عامة المشايخ والفرق على هذه الرواية بينه وبين حق
التسييل ان حق المرور معلوم لانه متعلق بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل ان كان على السطح فهو نظير حق التعلي
وقد مر فساده وان كان على الارض فهو مجهول لجهالة محله والفرق بين حق التعلي وحق المرور على رواية جواز بيعه ان حق المرور
يتعلق بما يبقى وهو رقاب الاراضي فاشبه الاعيان المملوكة وحق التعلي يتعلق بما لا يبقى وهو البناء فاشبه ما لا يبقى وهو المنافع
قوله والنوع مسمى على الرد بمثل الذي ذكرنا في النكاح لمحمد رح ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا فان كان المشار اليه من جنس المسمى
جنس مختلف تعلق العقد بالمسمى ويبطل لعدمه كما لو اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج وان كان المشار اليه من جنس
المسمى ولكن فارقه بوصفه تعلق العقد بالمشار اليه وانعقد لوجوده ويخير لفوات الوصف كما لو اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو
كاتب وانما تعرف ذلك بالنظر في معاني الذوات لان قوام الاسماء بمعانيها فان كان بينهما مقاربة في المعاني المطلوبة سمي اختلاف
وصف والا سمي اختلاف جنس ثم الذكر والانثى من بني ادم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد والمعاني المطلوبة
فالمقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الامة داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد وفي
الحيوانات جنس واحد لتقارب المقاصد والمعاني المطلوبة والمقصود من الكل اللحم والركوب والحمل لا يبعد ان يختلفا
جنسا وان اتحد اصلهما كالثياب تختلف مع اتحاد الاصل فان الوذاري والزندنيجي جنسان وان اتحد اصلهما وكذا اذا اتحد من
الخبز كالخل والدبس جنسان وان اتحد اصلهما والوذاري بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة منسوب الى قرية من سمرقند والزند
نيجي منسوب الى زندنة قرية ببخارا كذا في المغرب قوله ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة الى اجل اعلم
بعوضه ان من اشترى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لا يصح عندنا خلافا للشافعي رح له ان ملك المشتري قد تم فيه بالقبض
فيصح بيعه باي قدر من الثمن قدر كما لو باعه من غير البائع او بمثل الثمن الاول او بالاكثر او بعرض ولنا حديث عائشة رض
ان امراة اتتها وقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية الى العطاء بثمانمائة ثم بعتها منه بستمائة فقالت عائشة رض
بئسما شريت وبئسما اشتريت بلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب
عن هذا فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا الوعيد الشديد
دليل على فساد هذا العقد والحاق هذا الوعيد بهذا الصنيع لا يهتدي اليه العقل اذ ليس جزاء المعاصي دون الكفر
ابطال شيء من الطاعة الا ان يثبت شيء من ذلك بالوحي فدل انها قالته سماعا ولا يقال انما الحقت الوعيد بالاجل الى العطاء

لانها كانت تجيز البيع الى العطا وانما ذمت البيع الاول لئلا يكون جائزا عندها لانه صار ذريعة الى البيع الثاني الذي هو موسوم
بالفساد فان قلت يحتمل انها ذمت البيع الاول بالفساد لجهالة الاجل وانها رجعت عن تجويز البيع الى العطا والبيع
الثاني لانه بيع المبيع قبل القبض اذ القبض لم يذكر في الحديث قلنا الرجوع لم يثبت وانما البيع الثاني لاجل الربوا وليس
في بيع المبيع قبل القبض ربوا ولان الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل القبض فاذا عاد اليه عين المبيع بالصفة التي خرج عن ملكه
وصار بعض الثمن بعضه قصاصا ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما اذا اشتراه
بمثل الثمن او اكثر لان الربح بما حصل للمشتري والمبيع دخل في ضمانه **قوله** فالبيع جائز في التي لم يشترها لانه لا مفسد
فيها وبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة ما لم يشترها منه فكان مشتريا الاخرى باقل مما باع ضرورة
وهو فاسد عندنا فان قلت لما فسد العقد في هذه وجب ان يفسد في تلك عند ابي حنيفة رح كما لو جمع بين حر وعبد وباعهما
صفقة واحدة قلت انما يكون كذلك لو كان الفساد قويا مجمعا عليه كما في بيع الحر والعبد والفساد ههنا ضعيف مجتهد فيه
فيقتصر عليه ولا يتعداه كما لو اشترى عبدا ومدبرا بثمن واحد فان العقد في العبد يصح ولا يفسد في المدبر لان الفساد في المدبر
ضعيف حتى لو قضى بجواز بيعه فان قلت اليس انه اذا اسلم برا في شعير وزيت يفسد في الكل عنده قلت في اليس طريق بجوزه
تعدي الفساد كما زعم البعض بل باعتبار اعلام راس المال شرط عنده والمسلم فيه مختلف فكان فساد السلم في كل واحد
منهما بجهالة ما يخص كل واحد منهما من راس المال ولان الفساد باعتبار شبهة الربوا من حيث انه يعود اليه كل راس ماله
مع زيادة ليس بازائها ضمان وعوض شبهة الربوا كحقيقته ولان فساد العقد في البعض انما يوجب فساد العقد
في الباقي اذا كان المفسد مقارنا اما اذا كان طاريا فلا والمفسد ههنا طاري لانه ما شرط في العقد ان يكون بازاء ما باعه
اقل من الثمن الاول بل قابل الثمن بالامتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن يحدث انه يقسم الثمن عليهما باعتبار قيمتهما
فيصير البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فحينئذ يفسد البيع فيما باع وهذا فساد طاري فلا يتعدى الى
الغير **قوله** لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد ولاحد العاقدين فيه منفعة فيفسد العقد بالنهي **قوله**
والثاني يقتضيه لانه شرط يوافق مقتضى العقد توكيده ولا يفسده **قوله** فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا
في نفس الزق المقبوض فالقول للقابض بناء على ان الزق امانة في يده والقول قول الامين وان كان مضمونا
في يده فالقول قول الضمين ايضا **قوله** كالمغصوب لا يتحالفان وان اختلفا في الثمن لان اختلافهما في الثمن
يتبع اختلافهما في الزق واختلاف الزق لا يوجب التحالف لانه ليس بمعقود به ولا معقود عليه فكذا الاختلاف
فيما يتبعه لان حكم التبع لا يخالف حكم الاصل **قوله** ولهما ان الموكل لا يليه بعينه ان الوكيل يتصرف بهذا
يستغني عن الاضافة الى الموكل ويرجع الحقوق اليه وانما يملك التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا فالحاجة الى الموكل لانتقال
حكم التصرف اليه والموكل اهل لانتقال ملك الخمر اليه ارثا واستيلاء وكذا لو اشترى عبده النصراني خمرا صار ملكا
لمولاه المسلم فاذا ثبت اهلية الوكيل للتصرف واهلية الموكل لحكمه يجوز التوكيل به وجاز ان لا يملك الانسان التصرف
بنفسه ويوكل به غيره كالوكيل بشراء شيء بعينه جاز ان يوكل غيره بشرائه لكن لنفسه الا ترى ان المريض في مرض الموت

اذا باع بامتحان الناس في بيعه وعليه ديون مستغرقة بماله لا يجوز ومن وصيه بعد موته يجوز ثم في التوكيل بشرى
الخمر يملك ويحللها لانه منع عن ذلك لا انتفاع بعينها فله ان يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع كما لو ورث خمرا
ان كان ذميا فاسلم او تخمر عصيره وعليه الثمن يدفعه الى الوكيل لانتقال الملك اليه حكما من جهته فيلزمه البدل ولئن كان
خبرا استيفاء وفي الوكيل بالبيع يملك الثمن لانه صح بيع الوكيل ويتصدق به لانه تمكن الخبث به لقوله صلى الله عليه وسلم
ان الذي حرم بيعها حرم ثمنها واكل ثمنها فان قلت الوراثة ليست نظير مسئلتنا لان الوراثة امر جبري والتوكيل
اختياري لان الامر الحكمي يوافق الجبري لا الاختياري قلت ثبوت الملك للموكل بعد تحقق الوكالة امر جبري ايضا حيث
يثبت الملك للموكل بدون اختياره كما في الموت **قوله** ثم جملة المذهب اي حاصل المذهب ان كل شرط يقتضيه العقد
اي يجب بالعقد بلا شرط كشرط الملك للمشتري في البيع او شرط تسليم الثمن او تسليم المبيع لا يفسد العقد لانه
يثبت بمطلق العقد فلا يزيده الشرط الا تاكيدا وكل شرط لا يقتضيه العقد الا انه يلائم البيع اي يؤكد موجبه كالبيع
بشرط ان يعطي المشتري بالثمن رهنا او كفيلا وهو معلوم معلوم بالاشارة او التسمية لا يفسد العقد ايضا لان الرهن شرع
وثيقة وتاكيدا لجانب الاستيفاء واستيفاء الثمن موجب العقد فما يؤكده يلائم العقد والكفالة وثيقة لجانب المطالبة والمطالبة
موجب العقد فما يؤكدها يلائم العقد فلا يفسده فان لم يكونا معلومين فسد البيع لان جهالة الرهن والكفيل تفضي الى
النزاع فالمشتري يعطيه رهنا او كفيلا والبائع يطالبه باخر وكل شرط لا يلائم العقد الا ان الشرع ورد بجوازه كالخيار
والاجل او لم يرد الشرع بجوازه لكنه متعارف كشراء نعل على ان يحذوه او يشركه لا يفسده ايضا استحسانا للتعامل
وهو وجه يترك به القياس وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه
منفعة لاحد العاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل ان يستحق حقا على الغير بان يكون ادميا يفسد العقد كبيع عبد
بشرط ان لا يبيعه المشتري فان العبد يعجبه ان لا يتداوله الايدي وان لم يكن فيه منفعة لاحد كشراء دابة او ثوب بشرط
ان لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع في ظاهر المذهب وعن ابي يوسف انه يفسد به البيع وجه الظاهر انه لا مطالب
لهذا الشرط وصح البيع لانها اذا قصد المقابلة بين المبيع والثمن فقد خلا الشرط عن العوض وقد وجب بالبيع لما شرط
فيه فكان زيادة مستحقة بعقد المعاوضة خالية عن العوض فيكون ربوا وكل عقد شرط فيه الربوا يكون فاسدا ولانه متى
كان منتفعا به كان مرغوبا فيه وكان له طالب فيقع بسببه النزاع ومتى لم يكن مرغوبا فيه لم يكن زيادة تقديرا ولم يكن له
طالب فلا يؤدي الى الربوا والنزاع اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضية العقد
اطلاق بلا انتفاع لا الحجر عنه والحجر في هذه التصرفات لا الالزام والشرط يقتضي الالزام ولا يلائمه وما ورد الشرع
بجوازها وهي غير متعارف بين الناس وللمعقود عليه فيها منفعة فيفسد العقد للنهي الا ان ما مر ذكره من الشروط
صارت مستثناة عن قضية النهي فبقي ما عداها داخلا تحت النهي **قوله** والشافعي وان كان رحمه الله معنا في الحق
فانه يقول يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لانه متعارف فان بيع العبد بنسمة متعارف
في الوصايا وغيرها وتفسيره البيع بشرط العتق ولنا ما ذكرنا ولان اشتراط حق العتق مفسد للعقد كالتدبير

والاستيلاد فاشتراط حقيقته احق بمنع البيع نسمة لا يكون بشرط العتق بل يكون ذلك وعدا من المشتري ثم حقيقة
البيع مطلقا **قوله** فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله
استحسانا وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة فيما يساله ان شرط الاعتاق متى كان مفسدا كان تحقيقه يقرر الفساد
لا رفعا للفساد كسائر الشروط المفسدة الا ترى انه لو استهلكه بوجه آخر لا ينقلب جائزا ولابي حنيفة ان الشرط المفسد
قبل تقرره فيجب الثمن كما لو اشتراه باجل مجهول ثم اسقط قبل مضيه وهذا لان جهة الايلام العقد بنفسه لا ان قضيته
جواز الاعتاق لا الالزام حتما ولكن يلائم بحكمه لان العتق منهي الملك فان الملك في بني ادم ثابت الى العتق والشيء بانتهائه
يتقرر ومقرر الشيء مصحح له ولهذا لو اشترى عبدا فاعتقه فعلم بعيب به رجع بنقصانه كما لو مات عنده فاذا استهلكه
فقد تقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم واذا اعتقه تحققت الملائمة بحكم العتق وهو انتهاء الملكية فترجح جانب بخلافه
الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا وهذا معنى قوله ان شرط العتق من حيث انه لا يلائم الى اخره **قوله** اذا باع
على ان يستخدمه البائع الى اخره والحيلة في هذا ان هذه شروط لا يقتضيها العقد كما لو قال في المبيع لا يلائمه وليس فيه
عرف ظاهر ولم يرد الشرع بجوازه وينتفع به احد العاقدين وقد ورد النهي عنه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف
اي قرض **قوله** ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع لانه لا يصح افراد الحمل بالعقد لانه بمنزلة جزئها حتى يتناوله
بيع الاصل واجزاء الحيوان لا يصلح العقد مقصودا فلا يصح استثناؤه وهذا لان الاستثناء انما يعمل فيما عمل فيه الصدر
واذا لم يصح استثناؤه بقي شرطا فاسدا وفيه نفع للبائع فالبيع يفسد بالشرط الفاسد كالكتابة والاجارة والرهن
الا ان الكتابة انما تفسد اذا كان المفسد متمكنا في صلب العقد اي ما يقوم به العقد بان كانت على مائة درهم ومن خمر
حتى لو لم يتمكن في صلب العقد بان كاتب بشرط ان لا يخرج من الكوفة لا تفسد الكتابة لان الكتابة تشبه بالمبادلة
وبالاعتاق فلشبهها بالمبادلة تفسد بشرط يدخل في صلب العقد ولشبهها بالاعتاق لا تفسد بشرط لم يدخل في صلب
العقد عملا بالشبهين في الحالين والهبة والصدقة والنكاح بان جعل الامة مهرا الا حملها والخلع والصلح
من دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لانها لا تبطل بالشرط الفاسد لان الفساد باعتبار
افضائه الى الربوا فيتحقق في المعاوضات دون التبرعات والاسقاطات وفي الوصية لا تبطل باستثناء الحمل وصح
الاستثناء حتى يكون الجارية وصية والحمل ميراثا كما مر في المتن **قوله** ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع
او يشركه شرك النعل وضع الشراك عليها وهو سيرها الذي على ظهر القدم واراد بالنعل الصرم **قوله**
ووجهه ما بيناه وهو قوله لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين **قوله** ما ذكره جواب
القياس وهو قول زفر رح ولنا ان فيه عرفا ظاهرا وفي النزوع عن العادة حرج بيّن وصار كصبغ الثوب فان
القياس لا يجوزه لانه اجارة بيع المنافع والصبغ عين وجوزناه للتعامل كالاستصناع وان بيع المعدوم
لا يجوز فانما جوزناه بالتعامل واعلم انه لو اشترى شاة على انها حامل او على انها تحلب كذا فسد البيع لان فيه
شرط زيادة غير في المبيع ولم يدر يكون او لا فيدخل فيه الغرر **قوله** والبيع الى النيروز والمهرجان

وهو معرب نوروز وهو في طرف الربيع والمهرجان بعكسه اي كان وهو في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر
اليهود اذا لم يعرف المتعاقدان ذلك لانه بيع الى اجل مجهول وجهالة تؤدي الى النزاع بناء على ان البيوع مبنية على المماكسة
والمضايقة حتى لو كان معلوما جاز كما تبين في المتن **قوله** ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد والدياسة
والقطاف والجزار للجهالة لانها تتقدم وتتأخر من افعال العباد بحسب ما يبدو لهم والاجال شرعت بالاوقات
قال تعالى يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ **قوله** ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة
اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه جهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها فروي عن ابن عباس رض
ان البيع الى العطاء لا يجوز وعن عائشة رضي الله عنها انها كانت تجيز البيع الى العطاء ولكنا نأخذ بقول ابن عباس رض
قوله ولانه معلوم الاصل وجهين احدهما ان المكفول به وهو اصل الدين معلوم وانما المجهول في صفته وهو الاجل
والوصف تابع للاصل ثم الجهالة لو كانت في اصل الدين تتحمل في الكفالة بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى ان الجهالة
لا تتحمل في البيع فكذا في صفته اذ الوصف لا يخالف الاصل والثاني ان اصل هذه الاشياء معلوم الوقوع في تلك
السنة وانما المجهول في وصف التقدم والتأخر فكانت الجهالة يسيرة حتى لو كفل الى هبوب الريح ومجيء المطر لا يصح لان
اصله غير معلوم في تلك السنة بحقيقة ان هذه الاشياء معلومة باعتبار اصلها وانما الجهالة في اخرها ويمكن
رفعها باعتبار الاقصى والجهالة اليسيرة متحملة فيها لا الفاحشة كالكفالة الى هبوب الريح لانها تشبه النذر ابتداء
لكونها التزاما محضا من غير ان يقابلها شيء وفي هذا النذر يتحمل الجهالة وان كانت فاحشة وهي معاوضة انتهاء باعتبار
الرجوع على المكفول عنه ولا تتحمل الجهالة في المعاوضات وان كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين ولان معنى
الافضاء الى النزاع بسببها ولا مماكسة في الكفالة لانها تبرع ابتداء فتبتنى على المسامحة بخلاف المعاوضة **قوله**
ولان ذلك اشتراط اي اشتراط الاجل المجهول في اصل العقد فانه يفسد العقد **قوله** وقال زفر رح لا يجوز وهو قول
الشافعي لهما ان العقد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا باسقاط المفسد كما لو اسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم
بالدرهمين وكما لو تزوجها الى عشرة ايام ثم اسقط الاجل ولنا ان المفسد شرط خارج عن صلب العقد وقد سقط قبل
التقرر فينقلب العقد جائزا بخلاف الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد لانه في احد العوضين وبخلاف النكاح
الى اجل لانه عقد آخر غير عقد النكاح وهو المتعة والعقد لا ينقلب عقدا اخر **قوله** لانه خالص حقه [illegible]
ما تولى اسقاطه واثباته **قوله** وقالا يفسد فيهما لان محل العقد المجموع ولا محلية للمجموع لانتفاء محلية البيع
في المدبر والمكاتب وام الولد لما لهم من حق العتق وقد جعل ذلك شرطا لقبول العقد في العبد فيفسد العقد كله كما لو جمع
بين حر وعبد وهذا لا اعتبار للبعض بالكل كما لو جمع بين اجنبية ومحرم في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد لانه
لو جاز في العبد لجاز بقسطه من الثمن ابتداء والمجهول والجهالة مفسدة يؤيده ما قال ابو حنيفة رح لما جمع البائع بينهما
في الايجاب جعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطا للقبول في الآخر بدليل ان المشتري لا يملك قبول احدهما دون الآخر
والحر والميتة لا يدخلان تحت البيع اصلا لعدم المالية فيهما فكان جاعلا قبول العقد فيما لا يقبل العقد اصلا شرط القبول

على العبد والذكر وهو شرط فاسد والبيع يفسد بالشرط الفاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشرط الفاسد قوله
واما البيع في هؤلاء فموقوف قد دخلوا تحت العقد لوجود المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وينفذ بيع المدبر
وام الولد والمكاتب من انفسهم وبيع المكاتب من غيره برضاه في اصح الروايتين ولو قضى القاضي بجواز بيع المدبر من غيره ينفذ
قضاؤه وكذا في ام الولد ينفذ عند ابي حنيفة وابي يوسف رح خلافا لمحمد رح وقضاء القاضي في غير محله لا ينفذ فعلم
انهم دخلوا في العقد ثم خرج عبد الغير باستحقاق سيده وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم فكان هذا بيعا بالحصة
بقاء كما لو اشترى عبدين وهلك احدهما قبل التسليم فلم يكن شرطا لقبول غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا
لا يشترط بيان ثمن كل واحد هنا ومتروك التسمية عامدا كالميتة فان قلت ينبغي ان يجوز العقد فيما ضم اليه لانه
مجتهد فيه كالمدبر فيفيد البيع فيه بقضاء القاضي قلت حرمته منصوص عليها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص
فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ بالقضاء فصل في احكامه لما ذكر انواع البيع الفاسد شرع في بيان احكامه
اذ الحكم للشيء يوجد بعد وجوده قوله واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد احترز به عن البيع الباطل
قلت اشار المصنف رحمه الله الى ما ذكر بعينه في حكم البيع الفاسد اشتراط القبض للملك وكونه بامر البائع وما لديه
الدليل على لزوم القيمة وولاية الفسخ لكل من العاقدين ونفاذ بيع المشتري قوله ملك المبيع ولزمه البايع
بقيمته وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه محظور لكونه منهيا عنه والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة لكونه ذريعة
الى قضاء المآرب ووسيلة الى درك المطالب فلا ينال به لاشتراط الملائمة بين المؤثر والاثر ولان النهي نسخ
للمشروعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه منهيا عنه اذ من ضرورة كون الشيء منهيا ان يكون قبيحا ضرورة
حكمة الناهي ومن ضرورة كونه مشروعا ان يكون حسنا لانه مما يوصى به نوعا وفي ثبوت الملكية وترتب الاحكام عليه
قول بالمشروعية وهو باطل الا ترى انه لا يفيده قبل القبض ويؤيد الفساد والحرمة فان ما يفيد الملك به وصار
كالبيع بالميتة وبيع الخمر بالدراهم ثم عبر بما قال الاصحاب انه يتحقق بلزوم الملك وهو البيع فيتحقق الملك وهذا
لانه بيع حقيقة لصدور ركنه وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي من اهله فاهل الشيء من يكون قادرا عليه لسد فيه
حاجته مضافا الى محله فانه لحكمه اذ الكلام فيه فوجب تعلق حكمه والنهي الوارد في التصرفات الشرعية يقتضي تقرير الشرعية
لا نسخها لانه يقتضي تصور المنهي عنه اذ النهي عما لا يتصور لغو لانه يراد به عدم الفعل مضافا الى اختيار العبد
فيتحقق بصورته ليكون العبد مبتلى بين ان يكف عنه باختياره فيثاب عليه وبين ان يفعله باختياره فيعاقب عليه
وتصور المشروع بشرعيته فكان النهي لمعنى في غير المنهي عنه فيصير مشروعا باصله غير مشروع بوصفه
فيصير فاسدا فبان ان الحرمة والملك بانها ثبتت بالمحظور بل بالبيع وهو مشروع غير محظور وانما المحظور ما يتصل به
وهو الشرط الفاسد ونحوه كما في البيع وقت النداء فان النهي ورد لمعنى في غير البيع وهو الاشتغال عن
السعي بسبب البيع والاشتغال عن السعي غير البيع فان قلت ح لكان البيع مكروها وهذا فاسد فما وجه الالحاق قلت
هما سيان في ان النهي فيهما غير راجع الى عين المنهي عنه وانما يرجع الى غيره لكن ذلك الغير هنا متصل وصفا فاثر

في الفساد تحقيقا وزاد في الكراهة اظهارا للقصور وانما لا يثبت الملك قبل القبض لانه لو ثبت له لثبت بلا عوض
اذ المسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولانه واجب الرفع والقبض بالاسترداد بعد القبض دفعا
للفساد المتصل به فلان لا يجب الملك قبل القبض حتى يثبت الامتناع عن المطالبة اولى ولان العقد الفاسد ضعيف
لاقترانه بالقبح فيتأخر الحكم الى انضمام ما يقويه اليه وهو القبض كعقد التبرع والميتة ليست بمال فانعدم
ركن البيع فلا ينعقد واذا باع الخمر بالدراهم فقد جعلها ثمنا والواجب في الخمر القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا وشرط
ان يكون القبض باذن البائع الا ان الاذن تارة يكون صريحا وطورا يكون دلالة بان يقبضه بحضرة البائع في مجلس العقد
ولم ينهه لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه صح استحسانا كما في الصحيح
كما في الهبة وان قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح قبضه ولا يثبت الملك قوله كل واحد منهما مال فثبت
ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عنه البيع بالميتة والدم والخمر والريح اي بيع الشيء بالريح الذي تهب
والبيع مع نفي الثمن في رواية لانه نفي الثمن يؤدي الى نفي الركن عن العقد فلم يكن بيعا وفي رواية ينعقد لانه بنفيه لا يصح لانه ينفي
الحكم العقد ولم يصح بنفسه فصار كانه سكت عن ذكر الثمن ولو باع وسكت ينعقد العقد ويثبت الملك بالقبض لان مطلق
العقد يقتضي المعاوضة فاذا سكت عن عوضه فكانه باع بقيمته وان لا يكون للبائع خيار الشرط لان شرط الخيار
يمنع الملك في الجائز ففي الفاسد احق قوله لزمه قيمته اذا كان من ذوات القيم ولو كان من ذوات الامثال
لزمه المثل لانه مضمون بالقبض كالغصب والمثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يصار الى المثل معنى
مع امكان المصير الى الاول وتعتبر قيمته يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فاتلفه لانه دخل في ضمانه بالقبض
فلا يتغير كالمغصوب وقال محمد رح عليه قيمته يوم الاتلاف لانه بالاستهلاك تقرر عليه قيمته يوم الاتلاف لانه بالاستهلاك
تقرر عليه فيعتبر قيمته حينئذ قوله ولكل واحد من المتعاقدين فسخه قبل القبض بحضرة من الاخر رفعا
لسبب الفساد وهذا لانه لما لم يفد حكمه كان الفسخ امتناعا عنه ولكنه يتوقف على حضرته فلا يلزمه الا بعلمه
وكذا بعد القبض ان كان الفساد في صلب العقد بان باع بخمر او خنزير لقوة الفساد فيحتمل اعدامه حقا للشرع وان كان
الفساد بشرط زائد بان باع الى اجل مجهول فلمن له منفعة الشرط دون من عليه وعند محمد رح لمن له منفعة الشرط اذا كانت
عائدة اليه لمن له الفساد منه لانه يقدر ان يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخ الاخر فقد ابطل حقه لقدرته
على تصحيح العقد وعندهما لكل واحد من المتعاقدين الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد
ومن له الخيار قادر على تصحيحه بالحذف والكلام قبله قوله فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه وسقط حق
الاسترداد لتعلق حق العبد بالبيع الثاني ونقض الاول لحق الشرع وحقه تعالى اذا اجتمع مع حق العبد يقدم حق
العبد لان الله تعالى غني والعفو عنده ارجى لا تهاونا بحق الشرع ولان الاول مشروع باصله دون وصفه لا مرية
والثاني مشروع باصله ووصفه فكان الثاني اقوى لانه حصل بتسليط من جهة البائع فلا يملك نقضه لانه يسعى لانتقاض
في نقض ما تم من جهته مردود بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة حيث يملك الشفيع نقضه لان كل احد منهما

حق العبد والشفيع مقدم على المشتري فكذا على من قام مقامه واستووا في المشترى وغيره ولم يحصل تسلط من
الشفيع فلا يكون شحيحا في نقض ما هو من جهته **قوله** بخلاف الاجارة حتى لو اجر المشتري المبيع في البيع الفاسد
له ان ينقض الاجارة ويردها بناء على انها تنفسخ بالاعذار الا يرى ان المشتري اذا اجر المبيع ثم وجد به عيبا له نقض الاجارة
لرده فههنا اولى وهذا لانها تنعقد ساعة فساعة فيكون الرد امتناعا بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث **قوله** وليس
للبايع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن اي القيمة التي اخذها من المشتري هذا الحكم ليس بمخصوص بالبايع بيعا
فاسدا حتى لو اشترى عبدا بيعا فاسدا او استاجر اجارة فاسدة ونقد الثمن والاجرة او ارتهن رهنا فاسدا فله ان يحبس
ما اشترى وما استاجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا لان هذه عقود معاوضة فيوجب
التسوية بين البدلين فان مات البايع او الموجر او الراهن والمستقرض فالذي في يده العبد والرهن احق بثمنه من غرمائه
الميت بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه ديون ولم يكن قبض المحتال له الدين والوديعة من المحتال عليه حيث لا يختص المحتال
بديون الحوالة والوديعة **قوله** كالراهن يعني الراهن اذا مات يقوم المرتهن على ورثته وغرمائه بعد وفاته كما تقدم
على الراهن حال حيوته فكذا المشتري بالشراء الفاسد لما تقدم على البائع حال حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بل اولى لان
المشتري يملك المبيع بالعقد ولا يملك المرتهن الرهن حتى لو لم يترك البايع شيئا سوى هذا المبيع لا شيء للوارث وغرمائه آخر
ما لم يتفصل عن حق المشتري **قوله** وفي بعض النسخ كالمرتهن يعني اذا مات الراهن وله ورثة وغرماء فالمرتهن احق
بالرهن من الورثة وسائر الغرماء حتى يستوفي الدين فكذا ههنا كان المشتري احق بالمبيع من ورثة البايع وغرمائه حتى يستوفي
ما اداه **قوله** ومن باع دارا بيعا فاسدا الى ان قال لهما ان حق الشفيع يبتنى لرد حق البائع في الاسترداد بالفساد فوق
حق الشفيع في الشفعة الا يرى ان هذا لا يبطل بالتاخير وذا يبطل به وهذا يصح بلا قضاء وذا لا يصح الا بقضاء او رضا
ويورث هذا ثم ذلك الحق مع ضعفه لا يبطل بالبناء والغرس بل ينقض البناء والغرس لحق الشفيع فلان لا يبطل هذا
الحق مع قوته ونقض البناء والغرس له اولى ولابي حنيفة رح ان هذا امر حصل بتسليط البائع لانه سلطه على
التصرف ورضي به والبناء والغرس من جنس ما يدوم فيقطع حق الاسترداد كالبيع والهبة بخلاف حق الشفيع لانه
لا تسليط منه وحقه وان ضعف فلا يبطل بلا ابطال منه ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه **قوله**
وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن ابي حنيفة في مذهب ابي حنيفة رح فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق
البايع بسبب البناء وثبوت حق الشفعة على الاختلاف فعنده ياخذ الشفيع بقيمتها وعندهما لا شفعة فيها حتى انه
شك هل سمع من ابي حنيفة رح سقوط حق البايع ببناء المشتري في الشراء الفاسد ام لا وقد نص محمد رح على الاختلاف
في ثبوت الشفعة ان عند ابي حنيفة يثبت للشفيع حق الشفعة ببناء المشتري خلافا لهما والتنصيص على الاختلاف في
الشفعة تنصيص على الاختلاف في انقطاع حق البايع بالبناء لان استحقاق الشفيع مبني على انقطاع حق البايع فكان
التنصيص على الاختلاف في الفرع تنصيصا على الاختلاف في اصل ذلك الفرع **قوله** ومن اشترى جارية بيعا فاسدا
بالف درهم وتقابضا وربح كان فما فضل طاب للبايع ما ربح في الثمن ولا يطيب للمشتري ما ربح فيها بان يتصدق فالربح اصله

ان الخبث نوعان خبث لعدم الملك ظاهرا وخبث لفساد في الملك والمال نوعان ما يتعين كالعروض وما لا يتعين كالنقود
فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين كالمودع والغاصب اذا تصرف في العرض والنقد يعمل الخبث النوعين عند ابي حنيفة ومحمد رح
لتعلق العقد بمال الغير ظاهرا فيما يتعين فيمكن حقيقة الخبث فيما لا يتعين شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث سلامة
المبيع به بان يعقد من الدراهم المغصوبة او نقد الثمن فان اشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فصار ملك الغير
وسيلة الى الربح من وجه فيمكن شبهة الخبث الا ما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد الملك دون عدم
الملك فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين شبهة هنا معتبر وشبهته فيما لا يتعين شبهة الشبهة فلا
تعتبر ومعنى عدم التعين في الدراهم والدنانير انه لو اشار المشتري اليهما فان المشتري يملك هذا العبد بهذه الدراهم
كان له ان يتركهما ويدفع البائع غيرها من الدراهم المشار اليها لما ان الثمن عند الشرع في ذمة المشتري لا باعتبار تلك
الدراهم المشار اليها فان قلت قد ذكر في المتن من فصل ان الدراهم والدنانير يتعين في البيع الفاسد فكيف ذكر ههنا
انهما لا يتعين قلت فيه اختلاف الروايتين انهما يتعين او لا يتعين وذكر هذه المسئلة مبنية على قول من يقول
بانهما لا يتعين ولئن لم يكن هي اصح **قوله** ادعى على آخر الف درهم فقضاه الالف فتصرف المقبوض فيه وربح ثم تصادقا
انه لم يكن عليه دين طاب له ربحه ملك المقبوض ملكا فاسدا لانه بمنزلة بدل المستحق فان الدين وجب بالتسمية ثم بدعواه
على آخر الا ثم استحق اي الدين بالتصادق وبدل المستحق مملوك سواء كان المستحق عينا او دينا اما عينا فانه اذا
اشترى عبدا بجارية ثم اعتق العبد فاستحق الجارية صح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما صح عتق العبد لان
العبد بدل الجارية المستحقة والعتق لا يجوز في غير الملك بالنص فلما ملك بدل المستحق فيما كان المستحق مما يتعين فاولى ان يملك
بدل المستحق فيما لا يتعين وهو الدين وهذا لانه قبض الدراهم بدلا على زعم انه ملكه وملك الدين في الذمة اذ الديون تقضى بامثالها
لا باعيانها ثم لما ظهر انه لم يكن عليه دين كان المستحق هو الدين في الذمة والدراهم بدل المستحق وبدل المستحق مملوك
بدليل ما لو حلف وقال الغريمه والله لا افارقك حتى استوفي منك حقي ثم باعه المديون عبد الغيره بذلك الدين ثم فارقه
الحالف بعدما قبض العبد ثم ان مولى العبد استحقه ولم يجز البيع لا يحنث الحالف **فصل فيما يكره** والمكروه ادنى
درجة من الفساد ولكن هو قريب من شعب الفساد فلذلك الحق به **قوله** النجش بفتحتين ويروى بالسكون
ان يساوم السلعة بازيد من ثمنها وهو لا يريد شراءها ليرغب الغير كي الثمن الزائد **قوله** ولا يستام الرجل على
سوم غيره وهذا نفي في معنى النهي وهذا ابلغ كما اخبار الشارع ابلغ في استدعاء الوجوب من الامر وصورة السوم
ان يتساوم الرجلان على السلعة والمشتري والبايع رضيا بذلك فلم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه
فاشتراه منه فانه يجوز في الحكم ولكنه يكره وهذا اذا جنح قلب البايع الى البيع الاول بان طلب منه من الثمن واما اذا لم يجنح
قلبه اليه ولم يرض بذلك فلا باس للثاني ان يشتريه لان هذا بيع من يزيد **قوله** وما ذكرنا محمل النهي في النكاح
اي يكره الخطبة على خطبة غيره اذا تراضيا المتعاقدان على المهر وركن احدهما الى الآخر واذا لم يركن احدهما الى
الآخر فلا باس بالخطبة **قوله** وعن تلقي الجلب اي المجلوب للنهي عنه وهذا ان يتلقى احد من اهل المصر الى جماعة

جاءوا بالطعام الى هذا المصر وهم محتاجون اليه لما فيه من تضييق الامر على الحاضرين فان كان لا يضر فلا باس به الا انه
اذا لبس السعر على الواردين واشترى منهم بارخص القيمة فانه يكره لما فيه من تغرير الاسعار على الواردين
والاضرار بهم قوله اما اذا لم يكن كذلك فلا باس به وتفسير صورته ان يجيء البادي بالطعام الى المصر فيتوكل
الحاضر عن البادي في بيع الطعام ويغالي السعر على الناس فانه منهي عنه لانه لو تركه البادي يبيعه بنفسه لرخص السعر
قوله ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه بان قعدا للبيع او وقفا بخلاف ما لو كانا ماشيين الى الجمعة
الاذان بعد الزوال وانما كره البيع في جميع هذه الصور ولا يفسد لان النهي باعتبار معنى مجاور للبيع لا في صلبه ولا
في شرائط صحته والنهي لو ورد لمعنى مجاور لا يقتضي الفساد بل يقتضي الكراهة وقول صاحب المتن رح لان الفساد في معنى
خارج مشكل الا ان يؤول بما ذكرنا قوله وقد اوعد عليه وهو قوله صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا
ولم يوقر كبيرنا فليس منا فان قلت ليس لهذا الحديث دخل اذ لا يحصل امر الصغير بان اراد بيع احدهما
فلا باس بشرائه وفي الموضع الذي يكره التفريق بالبيع للبائع يكره للمشتري شراؤه وههنا لا يكره وان كان فيه تفريق قلت
لانه لو لم يشتر منه لحادثه الى دار الحرب فيتمكن منه وشراؤه منه انظر من مراعاة التفريق قوله حتى لا يدخل فيه محرم
غير قريب كامراة الاب ولا قريب غير محرم كابن العم ولا الكبيران لان كل واحد منهما يقوم بحوائجه ولا يستانس احدهما
بالآخر قوله لان النص ورد بخلاف القياس لوجود المطلق للبيع في قرابة في النكاح فيقتصر عليهما قوله والاخ
صغير وفي جميع هذه لا يفرق بينهما في البيع بناء على ان الملك يفرق فكذا تخصه نهي التفريق وهو يفرق لان المنع عن التفريق
لدفع الضرر عن الصغير ولا يجوز دفع الضرر عن شخص على وجه يلحق الضرر بشخص آخر فاذا تعلق باحدهما حق فالمنع
عن بيعه الحق اضرار لصاحب الحق اعلم انه لو كان مع الصغير قريبان احدهما اقرب كما لو كان له ام وجدة او عمة وخالة او اخ
او مع الاخ لاب ام اخت لاب ولهم بيع الابعد لان شفقة الابعد عند مقابلة الاقرب كالمعدوم وان استويا في القرب
واتحد جهة القرابة كالاخوين والخالين والعمين يكتفى بالواحد ويباع الآخر لان حق الصغير مرعي به لانه يستانس به ويقوم
بحوائجه وان اختلفت جهة القرابة لا يفرق كاخ لاب واخ لام واب وام والولد اذا ادعاه رجلان معا وعمة وخالة
لان كل واحد منهما نوع شفقة ليس للآخر فان لكل احد استئناسا لا يحصل من الآخر وفي مسبية معها صبي ادعت انه ابنها
لا يباع منها لانها تحمل النسب على الغير ولا يفرق لان قول الواحد يعمل في الديانات خصوصا فيما بني على الاحتياط
قوله وانما الكراهة بمعنى مجاور للبيع غير متصل به وهو الاضرار بالصغير فلا يفسد به البيع كالنهي عن السوم
على سوم غيره والمروي محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر ممن باع احدهما

باب الاقالة

لما كانت الاقالة رفع البيع وفسخه ناسب ان يذكر بعد معظم ابواب البيوع لان الرفع يقتضي سبق الاثبات قوله والاصل
ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا بان ولدت المبيعة فيبطل لتعذر تصحيحها
فسخا اذ الزيادة المتصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهو لا يصحح الاقالة الا بطريق الفسخ وعندهما تصح بيعا اذا ولدت
بخلاف ما لو كانت الزيادة متصلة لانها لا تمنع الفسخ عنده فامكن تصحيحها فسخا قوله وعند ابي يوسف رح هو بيع جديد

الا ان لا يمكن جعلها بيعا بان كان المبيع منقولا ولم يقبضه المشتري وتقايلا او بيع العرض بالعرض بعد هلاك احدهما فيجعل
فسخا الا ان لا يمكن جعلها بيعا وفسخا بان باع العرض بالدراهم وتقايلا بعد هلاك العرض او تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف
جنس الثمن الاول فيبطل لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا ثمنا آخر قوله وعند محمد رحمه الله
هو فسخ ان كانت بالثمن الاول او بالاقل الا اذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المتصلة
او تقايلا بعد القبض بخلاف جنس الثمن الاول فيجعل بيعا الا ان لا يمكن جعلها فسخا وبيعا فيبطل كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض
على خلاف جنس الثمن الاول ولمحمد رح ان الفسخ اصل في الاقالة وهو موضوعها لانها في اللغة اسقاط ورفع ولهذا يقال في الدعاء
اللهم اقلني عثراتي اي اسقطها وارفعها وكذا العاقدان قصدا بالاقالة فسخ البيع ولهما ولاية على انفسهما فيجعل فسخا
اعمالا لموجبها الا ان لا يمكن جعلها فسخا فيجعل بيعا لانها تحتمل البيع اجماعا لوجود معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال
بالتراضي ولهذا كانت بيعا في حق الثالث قوله ولابي يوسف انها تمليك بمال بالتراضي فان البائع يملك الثمن من المشتري
والمشتري يملك المبيع من البائع فكانت بيعا وان بلفظ الاقالة اذ العبرة للمعاني لا للالفاظ فالكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب ويتجدد للشفيع حق الشفعة وهذه
احكام البيع الا ان يتعذر فيجعل فسخا لانها محتملة ولابي حنيفة رح انها تنبئ عن الفسخ والرفع لما مر والاصل في الكلام
ان يحمل على حقيقته ولا يحتمل الفسخ والرفع معنى ابتداء العقد ليجعل عند التعذر لانه اثبات وتحقيق فكانت بينهما مضادة والشيء
لا يحتمل ضده فاذا لم يمكن ان يجعل فسخا بطل ضرورة كما لو حصل الفسخ بلفظ المناسخة والمتاركة ولا يقال لو لم يحتمل البيع
لما كانت بيعا في حق الثالث لانا نقول انها ضرورية لانه يثبت حكم البيع وهو ثبوت الملك بدلا باعتبار الصيغة فاعتبرنا موجب الصيغة
في حق العاقدين لا في حق غيرهما لولايتهما على انفسهما اذا ثبت هذا فنقول يصح الاقالة بمثل الثمن الاول لقوله صلى الله عليه وسلم
من اقال نادما بيعته اقال الله عثراته يوم القيامة ولان العقد حقهما وحق الانسان ما يتولى اسقاطه واثباته فكان
لهما ولاية رفعه دفعا لحاجتهما وشرط الاكثر والاقل وجنس آخر لغو ولزمهما الثمن الاول بيانه اذا باع عبدا بالف درهم
وتقايلا العقد بالف صحت وان تقايلا بالف وخمسمائة صحت الاقالة بالف لما قلنا ويلغو ذكر خمسمائة لان الفسخ يتعذر
على الزيادة لاستحالة رفع ما ليس بثابت وغايته ما في الباب ان شرط خمسمائة يكون شرطا فاسدا غير ان الاقالة لا تبطل بالشرط
الفاسد قوله بخلاف البيع يعني بخلاف بيع درهم بدرهمين فان البيع يفسد بشرط درهم زائد ولا يجعل كانه باع
درهما بدرهم ويبطل الدرهم الزائد حتى يصح البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في البيع لانها اثبات ما لم يكن ثابتا فيتحقق الربا
ولا يمكن اثبات الزيادة في الاقالة لانها رفع ما كان ثابتا ورفع ما كان زائدا على ما كان محال قال هذا الذي قول ابي حنيفة ومحمد رح
انها فسخ اذا كانت بيعا لا تبطل بالشرط الفاسد كالبيع وان تقايلا بخمسمائة والمبيع بحاله لم يتعيب صحت الاقالة بالف
لانه لا يمكن تصحيحها بخمسمائة فيبطل ذكر خمسمائة ويبقى الاقالة فيجب على البائع رد الالف على المشتري وان دخله
عيب صحت الاقالة بخمسمائة والمحطوط بازاء العيب لانه لما احتبس عند المشتري بعض المبيع لا بد ان يحتبس عند
البائع بعض الثمن وهذا عند ابي حنيفة رح قوله وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا اذ البيع اصل عند ابي يوسف رح

وعند محمد جعلها بيعا ممكن فاذا زاد فقد قصد البيع فيجعل بيعا وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف لان البيع هو الاصل
عنده وعند محمد فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو اقال وسكت عن الكل يكون فسخا فهذا اولى وكذا لو كانت
بثمن مؤجل يكون الاقالة بالثمن الاول الحال عنده وبطل التأجيل لانه سكوت عن وصف الثمن وهو كونه حالا فاذا دخله عيب
فهو فسخ بالاقل لما مر واذا قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويلغو ذكر جنس آخر وعندهما يكون
بيعا اما عند ابي يوسف فللاصل واما عند محمد فللجعل لو كان المبيع امة فولدت ثم تقايلا بطلت الاقالة عند ابي حنيفة
لما مر وعند ابي يوسف يكون بيعا للاصل وكذا عند محمد للجعل هذا معنى قوله ولو ولدت المبيعة **قوله** والاقالة
قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد وكذا عند ابي يوسف في المنقول لان البيع سخف وبيع المنقول
قبل القبض لا يصح اجماعا وفي العقار يكون بيعا عنده قبل القبض وبجوزه لصحة بيع العقار قبل القبض عنده **قوله**
وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها بناء على ان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد ويقتضي
قيام البيع وقيامه بالمبيع لا بالثمن لان المبيع محل اضافة العقد بخلاف الثمن وهذا لان الثمن يثبت له حكم الوجود في الذمة
بالعقد وما يكون وجوده بالعقد كان حكما للعقد وحكم العقد لا يكون محل العقد ومحل العقد شرط العقد وشرط الشيء
يسبقه وحكم الشيء يعقبه وبينهما تناف ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض بطل البيع بخلاف ما لو هلك الثمن وهلاك
بعض المبيع يمنع بقدره اعتبارا للبعض بالكل **قوله** وان تقايضا تصح الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك
احدهما لان كل واحد منهما مبيع اذ العقد لا بد له من معقود عليه وليس احدهما باولى من ان يجعل معقودا عليه من الآخر
فجعل كل واحد مبيعا فكان البيع قائما وفائدة كونها فسخا في حقهما بيعا في حق الثالث تظهر فيما لو اشترى عبدا
من رجل بدراهم ثم تقابضا ثم تقايلا ثم باع من المشتري قبل ان يقبضه البائع صح ويحتاج المشتري الى تجديد القبض
لانه بعد الاقالة في يد المشتري مضمون بغيره وهو الثمن فلا ينوب عن قبض المشتري كقبض الرهن بخلاف قبض الغصب
ولو باعه البائع من غير المشتري قبل ان يسترده لا يصح لان الاقالة فسخ في حقهما بيع في حق غيرهما فصار في البيع من
غيره بائعا للمبيع قبل القبض فلا يصح وفي البيع منه بائعا لما عاد الى قديم ملكه بالفسخ صح

باب المرابحة والتولية

اعلم ان البياعات بالاضافة الى ذكر
الثمن ثلاثة اقسام منها المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق ومنها بيع الوضيعة وهو البيع بارخص
الثمن ومنها المرابحة والتولية ولم يذكر القسم الثاني في الكتاب لان ذلك لا يتفق الا نادرا لان الحرص حرك البياعات
الاسترباح والاصل في جواز التولية ما روي ان ابا بكر رضي الله عنه اشترى بعيرين عند قصد الهجرة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال صلى الله عليه وسلم اما بغير شيء فلا فدل على جواز التولية ولان الناس
تعاملوا بهما بلا نكير وهو حجة ولان شرائط الجواز متحققة فيهما وقد مست الحاجة اليهما اذ الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج
الى ان يعتمد على فعل الذكي فيهما فيشتري منه بمثل ما اشترى او بزيادة ربح كيلا يغبن باكثر من هذا القول يعتمد على
فعله ولهذا كان عن الغبن وشرطهما كون الثمن الاول مثليا فلا يصح المرابحة والتولية حتى يكون الثمن الاول من المثليات كا

البدل صح

كالمكيلات والموزونات اذ لو لم يكن مثليا بان كان عبدا او ثوبا لا يتحقق المرابحة والتولية لان المبيع بمثل الثمن الاول بادة
او بدونها تعتمد كون الثمن الاول مثليا وان لم يكن البدل في العقد الاول مثليا بان اشترى عبدا بثوب فباعه مرابحة ممن
لا يملك ذلك يبطل البيع لانه اذا لم يكن مثليا فلو انعقد العقد ينعقد بقيمة ذلك البدل وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن
وجهالة الثمن تمنع جواز العقد **قوله** ممن يملكه اي ذلك البدل بيانه من اشترى عبدا بثوب ثم اراد ان يبيع العبد
مرابحة فان باعه ممن يملك ذلك الثوب بسبب من الاسباب بربح عشرة دراهم او بربح قفيز من الحنطة جاز
لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لان ده يازده يقتضي ان يكون الربح من جنس
راس المال لانه لا يكون احد عشر الا وان يكون الحادي عشر من جنس العشرة فيكون بيعا براس المال وببعض قيمته وهذا
لا يجوز لان الربح انما يظهر عند التقويم وهذا يختلف باختلاف المقومين **قوله** ويجوز ان يضيف الى راس المال
الى اخره والاصل ان عرف التجار معتبر في بيع المرابحة فما جرى العرف بالحاقه براس المال يلحق به وما لا فلا والمذكور
بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل والسوق يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان
بخلاف اجر الراعي والطبيب وكراء الحفظ واجر تعلم القرآن والحساب وعمل من الاعمال لانه ليس فيها عرف ظاهر
بالالحاق براس المال ولان اجر الراعي للحفظ كأجرة بيت يحفظ فيه الغنم والحفظ لا يزيد في عين الشيء ولا في قيمته وثبوت الزيادة
في المتعلم لمعنى فيه وهو الذهن والذكاء لا بما القى على المعلم فلم يكن ما القى موجبا زيادة في مالية العبد اذ التعلم شرط
قوله قال محمد يخير فيهما بناء على انهما باشرا عقدا باختيارهما بثمن سمياه فينعقد بجميع ذلك كما لو باعه مساومة
وهذا لان ذلك الثمن غير معلوم وهذا الثمن معلوم فكان القول بوقوع البيع بثمن معلوم اولى من القول بوقوعه بثمن مجهول
وذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب يجري مجرى الوصف فاذا ظهرت الخيانة فقد فات الوصف المرغوب في الثمن
فيخير كما لو وجد المبيع معيبا ولابي يوسف ان الاصل هو لفظ المرابحة والتولية ولهذا ينعقد البيع بقوله وليتك بما اشتريت
او بعتك مرابحة على ما اشتريت اذا كان ذلك معلوما وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثاني في حق الثمن
على الاول وقدر الخيانة لم يكن في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة غير انه يحط في التولية قدر الخيانة
من راس المال وفي المرابحة منه ومن الربح حتى لو اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة فظهر ان البائع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة
من الاصل وهو درهمان وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما لان هذا ربح على الكل وقد ظهرت خيانته
في الكل فيظهر اثرها في الربح ايضا ولابي حنيفة رح في الفرق بينهما ان التولية بناء على العقد الاول من كل وجه فلا بد من تقديره
وثبتت فيه ما لم يكن ثابتا في العقد الاول اما المرابحة فبنيته على العقد الاول من وجه دون وجه الا ترى انهما سميا فيها
ما لم يكن مسمى في العقد الاول فلا يتقيد بالثمن الاول بل ينعقد بما سمياه باختيارهما فينعقد بالثمن المسمى فيه ولهذا يحتاج
في التولية الى ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد من تسمية الثمن ليتبين قدر الربح فينعقد بما سميا ولانه لو لم يحط في التولية لم تبق تولية لانه
على الثمن الاول بل تصير مرابحة فيتغير التصرف ولو لم يحط في المرابحة وثبت جميع المسمى بقي مرابحة الا ان الربح فيه اكثر مما ظنه
المشتري فلم يتغير التصرف فاذا امكن القول بالمرابحة مع اعتبار التسمية اعتبرناها واثبتنا الخيار لفوات الرضا **قوله**

فلو هلك اي المبيع قبل ان يرده او حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة لزمه جميع الثمن المسمى وسقط خياره عند ابي
حنيفة رح وهو المشهور من قول محمد رح لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط وقد تعذر الرد بالهلاك
او غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب لان المستحق ثمة للمشتري المطالبة بتسليم الجزء الفائت فيسقط ما يقابله اذا
عجز عن تسليمه وعن محمد ان المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بثمن بتسليمه اليه بناء على اصله في اقامة القيمة
مقام المبيع في التحالف **قوله** لما ان العقد الثاني عقد متجدد يعني ان عقديهما يبيعه مرابحة بعشرة في الفصلين لانه
شرى جديد واحكامه منقطعة عن احكام العقد الاول فيبنى عليه المرابحة ولا اعتبار بما سبق الا ان المرابحة بيع ما اشترى
بمثل ما اشترى وزيادة ولهذا لو باعه المشتري من ثالث ثم اشتراه منه يبيعه مرابحة بالثمن الاخير ولابي حنيفة رحمه الله
ان الربح المشترى اولا صارت له شبهة الحصول بالعقد الثاني لانه كان على عرض البطلان بان يجد المشتري بالثوب عيبا فيرده
ويسترد منه كل الثمن فيبطل حقه في الربح وبالشراء ثانيا وقع الامن عن البطلان فاستفاد بالعقد الثاني الثوب والربح
الاول وللتاكيد شبهة بالايجاب حتى غرم شهود الطلاق قبل الدخول نصف الصداق اذا رجعوا لان شهادتهم اكدت
نصف المهر الذي على شرف السقوط بالردة وتمكين ابن الزوج وبيع المرابحة يمتنع بالشبهة كما يمتنع بالحقيقة الا ترى انه
لو كان له على رجل عشرة دراهم فصالحه على ثوب لم يبعه مرابحة بعشرة لان الصلح يبتني على الحط والمسامحة ولو وجد
حقيقة الحط لم يبعه مرابحة بعشرة فكذا اذا وجدت شبهته فصار في الفصل الاول كانه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة
دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة وفي الفصل الثاني كانه اشتراه بعشرة وخمسة
فصارت الخمسة بالعشرة ولم يبق مقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة ولا يقال على هذا ينبغي ان يفسد الشراء الثاني في الفصل
الثاني لان الربح الاول لم يصر مقابلا بالثمن الثاني حقيقة وانما ثبتت له شبهة المقابلة من حيث ان للتاكيد شبها بالايجاب
والشبهة يكفي لمنع بيع المرابحة ولا يكفي لافساد العقد لان المنع في بيع المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع حتى يجوز عند السكوت
واذا رضي به بعد البيع يجوز بخلاف ما اذا تخلل بينهما ثالث لان التاكيد بالبيع الثالث ووقوع الامن به عن البطلان فلم يستفد
المشتري الاول بالشراء الثاني التاكيد الربح وههنا بخلافه **قوله** واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة
وعليه دين يحيط برقبته الى اخره واصله ان المرابحة لما كانت بيعا بمثل الثمن الاول وزيادة يتثبت على الامانة ونفي الخيانة حقيقة
وشبهة وقد تمكنت الشبهة ههنا لان العقد الذي جرى بين المولى وعبده صحيح له شبهة العدم لانه عبده والعبد وما في يده
لسيده وانما صح العقد لمكان الدين مع قيام المانع والحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى لان مكاسب المكاتب والعبد
المديون ملك المولى من وجه فجعل العقد الذي جرى بين السيد والعبد كالمعدوم في حق المرابحة وبقي الاعتبار للعقد
الاول فصار كان العبد اشتراه للمولى بالوكالة بخمسة في الفصل الاول وكان العبد يبيعه للمولى بالوكالة في الفصل الثاني
فيعتبر الثمن الاول **قوله** وان رضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر فانه لا يجوز بيع رب المال من المضارب
ولا بيع المضارب من رب المال اذا لم يكن في المال ربح عنده لان البيع تمليك مال بمال غيره وهو يشتري ماله بماله ولنا ان
كل واحد منهما بهذا العقد يستفيد ملك اليد وان لم يستفد ملك الرقبة وجواز العقد يتبع الفائدة واذا جاز البيع عندنا

فاذا اراد رب المال ان يبيعه مرابحة باعه مرابحة على اثني عشر ونصف لانا وان قضينا بجوازه ففيه شبهة عدم الجواز لان
المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه فانه يعمل له من وجه ولهذا لا يرجع بالعهدة على رب المال فصار بيع المضارب
مع رب المال باطلا في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فاما درهمان ونصف حق المضارب ففيه شبهة في اصل الثمن فكذا يبيعه
مرابحة على اثني عشر درهما ونصف درهم **قوله** ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة بلا بيان
بناء على ان جميع ما يقابله الثمن قائم اذ الفائت وصف فلا يقابله شيء من الثمن اذا فات بلا صنع احد ومبنى الامانة بالصدق وهو
صادق لان جميع ما يقابله الثمن ولهذا لو فات في يد البائع قبل قبض المشتري لا يسقط باعتباره شيء من الثمن الا ان المشتري
بالخيار ان شاء اخذه بكل الثمن وان شاء تركه وكذا المستوفى بوطء الثيب لا يقابله شيء من الثمن لانه ليس بمال والمسألة فيما اذا لم ينقصها
الوطء وعن ابي يوسف رح وهو قول الشافعي وزفر رح في الفصل الاول لا يبيع بلا بيان لاحتباس جزء من العين عنده فصار كما
لو احتبس بفعله ولو علم المشتري لما رغب فيه **قوله** واما اذا فقأ عينها بنفسه الى اخره لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه حبس
بعض المبيع فلا يملك بيع الباقي بالكل لان الاوصاف اذا صارت مقصودة بالتناول صار لها حصة من الثمن حتى اذا اتلف البائع شيئا
من اوصاف المبيع يسقط حصته من الثمن وهذا لان ما فات كالسالم له مع ما يأخذ بدله ان جنى غيره وكذا ان جنى بنفسه لانه
لولا الملك لكان مضمونا عليه فصار بسقوط الضمان كالبدل له **قوله** فاصابه قرض المجمع من شرقها نص على هذا صدر بالفاره
الاسلام ابو اليسر رح **قوله** وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة حالة ولا يرجع على البائع بشيء لان الاجل لا يقابله شيء
من الثمن كما مر وعن ابي يوسف انه يرد قيمة الحين ويسترد كل الثمن كما اذا استوفى عشرة زيوفا مكان عشرة جياد وعلم
بعد الانفاق فعنده يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وكان الفقيه ابو جعفر رح يختار للفتوى ان يقوم المبيع بثمن حال وبثمن
مؤجل فيرجع المشتري على البائع بفضل ما بينهما **قوله** ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم
معتاد كما هو الرسم بين التجار انهم لا يطالبوا بالثمن جملة بل المشتري يؤدي الثمن منجما في كل اسبوع ثم ان المشتري باعه مرابحة فقيل
لا بد من بيانه لان الثابت بالعرف كالمشروط بنص العاقدين ولو كان مشروطا ليس له ان يبيعه مرابحة بلا بيان فكذا اذا كان متعارفا
والجمهور على انه يبيعه مرابحة بلا بيان لان الثمن حال ثم ان سامحه البائع واستوفى الثمن منه منجما لا يخرج من ان يكون حالا قال
صاحب المحيط فيه ذكر الخيار في الاجل المشروط رواية فيمن اشترى شيئا وصار مغبونا غبنا فاحشا ان له ان يرده على البائع
بحكم الغبن قال القاضي ابو علي النسفي رح فيه روايتان عن اصحابنا ويفتى برواية الرد رفقا بالناس وكان صدر الاسلام ابو
اليسر رح يفتي بان البائع ان قال للمشتري قيمة متاعي كذا او قال متاعي يساوي كذا فاشترى على ذلك وظهر خلافه له الرد
بحكم التغرير وان لم يقل ذلك فليس له الرد وبعضهم لا يفتون بالرد بكل حال والصحيح ان يفتى بالرد اذا وجد التغرير وبدونه
لا يفتى بالرد **قوله** ومن ولى رجلا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد البيع لان الذي قام عليه اسم لما
اشتراه به ولما لحقه من المؤن التي تلحق بالثمن في العرف الا ان البائع فاذا لم يسم كان الثمن مجهولا فيفسد البيع فاذا
اعلمه البائع في المجلس صح البيع وللمشتري الخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا انه في مجلس
العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للحرج وتحقيقا لليسر فصار التاخير الى اخر المجلس عفوا كالتاخير

القبول فان القبول في اخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في اخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله فيصح على سبيل الابتداء فاما بعد الافتراق فاصلاح فاسد لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح في بيع الشيء برقمه فان البيع فاسد فان اعلم البايع في المجلس صح والا لا وانما يتخير لخلل في الرضا لان الرضى لم يتكامل قبل المعرفه بمقدار الثمن كما لا يتكامل بعدم الرؤيه للجهل بصفات المبيع فورود السمع باثبات الخيار ثمة ورود هنا فان قلت ينبغي ان لا يكون للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء لما مر ان الموجود في اخر المجلس كالموجود في اوله قلت نعم ان الموجود في اخر المجلس كالموجود في اوله والرضا غير موجود في اخر المجلس حتى يجعل كالموجود في اوله فلهذا كان له الخيار

فصل فيما ينقل ويحول

قوله لما ذكر انواع البيوع شرع في بيان جواز البيع من المشتري قبل القبض وبعده فما كان المبيع منقولا او غير منقول لم يجز بيعه حتى يقبضه قيد بالبيع ولم يقل لم يتصرف فيه ليقع المسئلة على الاتفاق فان عند محمد يجوز الهبة والصدقة قبل القبض فكان عدم جواز البيع على الاتفاق ثم عمم في قوله جميع ما ينقل ويحول ولم يبال بخلاف مالك فيما سوى الطعام فان عند مالك يجوز جميع التصرفات من البيع والهبة قبل القبض فيما سوى الطعام قوله وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث وبه قال زفر والشافعي لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض وهذا عام لم يلحقه خصوص فلا يصح تخصيصه بالقياس ولانه بيع لم يقبض فلم يصح بيعه كالمنقول وهذا لان البيع لم يشرع الا بالقدرة على التسليم وذا يكون باليد ولا يد للمشتري على المبيع قبل القبض فلا يقدر على تسليمه عند العقد فلا يصح بيعه ولهذا لا يجوز للمشتري ان يؤجر الدار المشتراه قبل القبض بعين ما قال ابو حنيفة وابو يوسف يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مفقود في التسليم فيصح بيعه كالممهور وهذا لان هلاك العقار نادر اذ لا يمكن تغييبه فيصير هالكا حكما وانما يتصور صفة الهلاك اذا صار بحرا وهذا نادر ولكن لا يحترز عن الغرر واجب فاذا لم يتوهم عود الانفساخ كان المانع فصح العقد بخلاف المنقول فيتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك فيصير انه باع ما لا يملكه فيتمكن فيه غرر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر والحديث مخصوص ببيع المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والميراث قبل القبض يصح اتفاقا لما انه لا يتوهم انفساخ العقد بالهلاك فكذا لا يتوهم هنا على انه لم يتناول الممنوع اذ لا يتأتى فيه القبض الحقيقي لانه يكون بالنقل فيكون المثل مسه على الاختلاف في غصب العقار واجاره العقار قبل القبض على الخلاف والاصح ان الاجارة لا تصح اتفاقا وعليه الفتوى لان الاجارة تمليك المنافع كالمنقول في احتمال الهلاك قوله اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة او معدودا عدا اعلم انه حرم للمشتري منه بيعه واكله حتى يكيله او يزنه او يعده ولو اشترى مذروعا مذارعة فباعه قبل الذرع صح واصله ان الاموال انواع متقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربه والمذروعات فان اشترى شيئا منها مشارا اليه مجازفة صح التصرف فيه بعد بعد القبض لانه معلوم بالاشارة وان اشترى شيئا منها بشرط كيل او وزن او عد او ذرع فان لم يقبض بطل التصرف فيه وبعد القبض لم يجز التصرف في المكيل والموزون قبل الكيل والوزن لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري ولان النهي عن البيع لمعنى الفساد اذا كان يعني في المبيع وقد وجد اذ البيع يتناول ما يكون بالكيل والوزن وهو مجهول فربما يزيد وينقص فما لم يكل او يزن لا يتميز المبيع عن غيره فكان المبيع مجهولا فيفسد البيع ولان اصل القبض شرط جواز التصرف في المبيع فكان تمام القبض شرطا ايضا والكيل والوزن فيما له بيع كيلا او وزنا تمام

القبض لان القدر معقود عليه فيما بيع كيلا ووزنا حتى لو لم يزد رد الزيادة ان زاد وينقص من الثمن حصة ما انتقص والقبض غير معلوم لتوهم الزيادة والنقصان بخلاف ما اذا باع مجازفة لان الزيادة له اذ البيع وقع على المشار اليه لا على مقدار بعينه ولا تصور للزيادة في المجازفه بان يكون لرجل طعام فاكتاله ثم باعه مجازفة فاكتاله المشتري فزاد على الكيل الاول فالزيادة للمشتري وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الذرع صفة حتى لو زاد كانت الزيادة له ولو انتقص لم يرجع بشيء فلم يكن فيه جهالة ولا اختلاط المبيع بغيره لكون الزيادة مستحقا والزيادة هنا للبايع اذ القدر ليس بوصف والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه ولا يمكن التحرز عنه الا بالكيل والوزن فيجب ان قوله ولا معتبر بكيل البايع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لان الشرط صاع البايع والمشتري ولم يوجد ولان الكيل لتعيين المبيع ولا بيع هنا فلا يعتبر التعيين قبله قوله ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ به يصار المبيع عن غيره ولا تسليم الا بحضرة المشتري اذ لا يسلم الا التسليم حاضر والتسليم الى الغائب لا يتحقق قوله والصحيح انه يكتفى به وعليه الجمهور رح اذ الحاصل اعلام المبيع وافرازه وذا حاصل بالكيل مرة والحديث محمول على ان المسلم اليه اشترى من مثل المسلم فيه بشرط الكيل وكل رب السلم بالقبضين فانه لا يصح الا بصاعين لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل احدهما كيل المسلم اليه وثانيهما قبض رب السلم لنفسه وهو كالبيع الجديد فيجتمع الصفقتان قوله وعند زفر والشافعي رح لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار الهبة لان الزيادة لو التحقت باصل العقد لصارت ثمنا والثمن اسم لما يقابل ملك الغير والمبيع ملك المشتري فلو صححنا الزيادة لجعلنا ملكه مقابلا بملكه وذا لا يجوز وكذا الحط لان الثمن كله صار مستحقا بالعقد فلا يخرج بعضه من ان يكون ثمنا الا بانفساخ العقد في ذلك القدر والفسخ لا يكون في احد العوضين دون الاخر على ان الثمن معقود به وفسخ العقد في المعقود عليه دون المعقود به الا يرى ان حط الكل لا يصح فكذا حط البعض قوله ولنا انهما بالزيادة او الحط غيرا العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع فيصح ويجعل كالمذكور في اصل العقد كما لو كان البيع بخيار لهما فاسقطا الخيار او بغير خيار فشرطا الخيار لهما او لاحدهما وهذا لان البيع شرع رابحا وخاسرا وعدلا والزيادة في المبيع او الثمن او الحط تغير الى احد هذه كالاوصاف ولا يرفع اصله كما شرع باتا وبخيار والتغيير تغيير وصفه وهذا لان الزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا او العدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا او العدل خاسرا ومما يملكان التصرف في اصل العقد بالاقالة فاولى ان يملكا تغييره من وصف الى وصف لان التصرف في وصف الشيء اهون من التصرف في اصله واذا صحت الزيادة والحط التحقا باصل العقد لان وصف الشيء لا يقوم بنفسه وانما يقوم بالموصوف بخلاف حط الكل لانه تغيير لاصل العقد لانه يصير هبة لا وصفه فلا يلتحق ولانه لو التحق باصل العقد يفسد العقد لانه يبقى بيعا بلا ثمن فكان تغييرا للعقد من وصف مشروع الى وصف غير مشروع ومتى جوزنا الزيادة على اعتبار الالتحاق كانت الزيادة عوضا عن ملك الغير لا عن ملكه اذ حكم الزيادة حكم المزيد عليه قوله وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لان حق الشفيع متعلق بالعقد الاول فلا يملكان التصرف فيه فيما يرجع الى ابطال حق الشفيع فلم تظهر الزيادة في حقه وثمة لم يتعلق بهذه العقد حق اخر وظهرت الزيادة فيه قوله

ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية وعند نظاهر الرواية احترازا عما روى الحسن عن ابي حنيفة رح فقال تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع وروى عن محمد رح انه يشترط صحة زيادة الثمن كون المبيع قابلا للمقابلة في حق المشتري فعلى هذه الرواية تصح الزيادة من المشتري في الثمن بعد ما باع المشتري المبيع او وهب وسلم او تصدق وسلم لان المبيع بقي محلا للمقابلة في نفسه وفي ظاهر الرواية لا تصح الزيادة لان المبيع لم يبق محلا للمقابلة في حق المشتري والصحيح ظاهر الرواية لان طريق تصحيح الزيادة في الثمن تغيير العقد والعقد بعد هلاك المبيع لا يقبل التغيير لان التغيير يرد على الموجود والعقد كلام كما وجد تلاشى وانعدم وانما يجعل باقيا ببقاء محله ومحله المبيع فاذا هلك فات محل العقد فلا يبقى العقد فلا امكن القول بالتغيير **قوله** بخلاف الحط اي حط بعض الثمن صحيح ويلتحق باصل العقد كالزيادة غير ان بين الحط والزيادة فرقا فان الحط صحيح سواء بقي المبيع محلا للمقابلة وقت الحط او لم يبق بخلاف الزيادة على ظاهر الرواية وجه ظاهر الرواية ان المعقود عليه لم يبق على وجه يصح الاعتياض عنه فلا امكن اثبات الزيادة عوضا لانه لا بد من اثبات الزيادة عوضا من اعتبار الحال ثم الاستناد الى وقت العقد وقد تعذر اثباتها في الحال فلا تظهر فيها حكم الاستناد كالبيع الموقوف فانه لا بد من قيام المبيع عند الاجازة ليثبت الملك مستندا الى وقت العقد وتصح الحط في الكل لانه لا في اخراج القدر المحطوط عن ان يكون ثمنا فالشرط قيام الثمن لا قيام المعقود عليه والثمن باق فيصح الحط على سبيل الالتحاق باصل العقد **قوله** الا القرض فان تاجيله لا يصح حتى لو اجله عند الاقراض مدة معلومة او بعد الاقراض لا يثبت الاجل فله ان يطالبه في الحال واعلم ان القرض مال يقطعه من امواله فيعطيه لغيره وما يثبت عليه دينا فليس بقرض والدين يشمل ما وجب في ذمته دينا بعقد او استهلاك وما صار دينا في ذمته باستقراضه فهو اعم وقال ابو مالك رح التأجيل في القرض لازم لانه صار دينا في ذمته بالقبض فيصح التأجيل فيه كسائر الديون ولنا ان القرض اعارة وصلة ابتداء ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه القرض من لا يملك التبرع كالصبي والوصي والعبد والمكاتب ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كالاعارة فان المعير لو وقتها يسعه ان يسترد قبل مضي ساعته ولان الاجل لو لزم فيه لصار التبرع ملزما على المتبرع شيئا وهو الكف عن المطالبة الى مضي الاجل وانا في موضع التبرعات فشرطه ما يناقض العقد لغو وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير مبادلة الدراهم بمثلها نسيئة وهو حرام وهذا الخلاف ما لو اوصى ان يقرض من ماله فلانا بالف درهم الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وجب بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى فيلزم نظرا للموصى

باب الربوا

لما ذكر انواع البيوع التي امر الشارع بمباشرتها لقوله تعالى وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ذكر في هذا الباب انواع البيوع التي نهى الشارع عن مباشرتها لقوله تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا وقد علم بان النهي يعقب الامر لما ان المنع يقتضي سبق الوجود اعلم ان الربوا في اللغة عبارة عن الفضل يقال هذا يربو على هذا اي يفضل قال الله تعالى وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رِبًا الى قوله فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ وسمي المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر الاماكن ويقال ربوا بكسر الراء ومنه الاسم الربوة وفتح الراء خطا كذا في المغرب وفي الشرع عبارة عن فضل مال لا تقابله عوض في معاوضة مال بمال **قوله** الربوا اي محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه لقوله تعالى وحرم الربوا

وذكر التحبط والمحق والحرب والخلود آية نهاية حرمته **قوله** فالعلة اي علة الربوا القدر والجنس والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى وفي رواية والفضل ربوا وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول معلول بالاتفاق العاقلين خلافا لاصحاب الظواهر لانهم لا يرون القياس حجة فقصروا الحكم الربوا على الاشياء الستة لكن العلة عندنا القدر والجنس ونعني بالقدر الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن **قوله** وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط فحرمة البيع في هذه الاموال اصل عنده والجواز لعارض المساواة في المعيار الشرعي مع القبض في المجلس وعندنا اباحة البيع في هذه الاموال اصل والحرمة لعارض فوات المساواة بوجود الفضل الخالي عن العوض قطعا او وهما لعدم ربما قال الشافعي رح قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء فيه ذكر الطعام وهو مشتق من الطعم مشعر بان الطعم علة اذ الحكم متى ترتب على اسم مشتق كان ما خذ الاشتقاق علة للحكم كما في قوله تعالى والسارق والسارقة والزانية والزاني فعلة القطع والجلد السرقة والزنا والاستثناء بالنهي مشعر بان حرمة البيع اصل والجواز بعارض المساواة اذا لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لم يجز بيع اصلا بالاجمال والطعام يتناول القليل والكثير فيثبت حرمة البيع في الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والعلة بالقدر يقتضي تخصيص اصل الحكم وذا باطل لان احراز بيع هذه الاموال يشترط فيه التماثل والتقابض يشعر بان موجبها وصف في المحل ينبئ عن زيادة الخطر والعزة حتى يحتاج لاجله زيادة الشرط لانه متى تعلق بتحصيله شرط زائد يعظم خطره في اعين المتملكين كالعقد الوارد على الابضاع لما اختص بشهود وولي دون سائر المعاملات دل على ان المستحق به مال خطر وهو البضع فيعلل بعلة تناسب اظهار الحرمة والخطر وهو الطعم والثمنية والطعم لبقاء النفوس به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها والاموال انما تبقى اموالا ما دامت لها اثمان لانه لا يبذل الثمن بمقابلة ما لا يكون مالا ككف من تراب ونحوه فالاموال سبب بقاء الانفس بوصف انها ماكول او وسيلة الى المأكول ولا اثر للجنسية والقدر في زيادة الخطر والخطر لتوهمهما في خطر ومهانة ولكن الحكم لا يثبت الا عند وجود الجنسية فجعلناها شرطا لا علة والحكم يوجد مع الشرط كما يوجد مع العلة كالرجم مع الاحصان والفرق بينهما بالتاثير وعدمه الا ترى انه صلى الله عليه وسلم عند حكم الربوا ذكر كل الاثمان وانفس كل مطعوم لما يحتاج ان كل مطعوم فالبر انفس مطعوم بني آدم والشعير انفس علف الدواب والتمر انفس الفواكه والملح انفس التوابل فيشعر بان العلة هي الطعم ولو كان القدر علة لكان ذكر هذه الاسماء تكرارا محضا اذ صفة القدر لا تختلف في هذه الاربعة ولهذا قال مالك رح ان العلة الاقتيات والادخار لانه خص بالذكر كل مدخر ويحقق ما قال اصحابنا قوله صلعم لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين ولا ربوا في عين الصاع بعينه لانه المراد به ما يحويه وهو بعمومه يتناول كل مكيل مطعوما او غيره كالجص والنورة ولا يقال المجاز لا عموم له لكونه ضروريا لان لعمومها كالحقيقة ادعموهما باعتبار الالف واللام او غيرهما لا لكونها حقيقة ولان الحديث المشهور

اوجب المماثلة شرطا لجواز البيع وهو المقصود بسوق الحديث لا نجعله بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل الا حالا باللالصاق
فدل على اضمار فعل وذا بيعوا اصلى الله عليه وسلم بعد هاتين وانه فاذا اختلف هذه الاوصاف فبيعوا كيف شئتم فذكره عند بيان ح
الاختلاف دليل على انه المضمر عند الاتفاق فقوله صلعم لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء اذ النهي عن الشيء امر
بضده وقوله عليه السلم مثلا بمثل حال لما سبق والاحوال شروط كانت خلقت الدلالة والامر للايجاب والبيع مباح فنصرف
الامر الى الحال التي هي شرط اي بيعوا بوصف المماثلة وقد يتعلق المباح بشرط بحيث عابه كالاشهاد في النكاح وروي مثل
بمثل اي بيعوا مثلا بمثل وهو اجار في معنى الامر بل اكد منه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو تمليك المال بالمال بطريق التقابل
وذا ما تمائل في متحد الجنس بحيث يقابل كل جزء منه عوض يماثله اذ لو فضل احد العوضين لخلى ذلك الفضل عن العوض فلا يتحقق
معنى التقابل فلا يتحقق المعاوضة بل يكون استيفاء فاذ ذلك القدر بلا عوض وقضية المعاوضة خلافه. قوله فيحرم
اوصيانة لاموال الناس عن التوى اي شرط الفضل مثبوتا للمال لانه يستحقه بلا منة وعوض والبيع شرع للتحصيل لا لتوام
فيكون شرطا غير ملائم للبيع فيبطل ولان المماثلة لو لم يكن للفائدة اي لفائدة البيع لوجود التفاضل اح شرط الفضل سبب
التنازع المانع عن المقصود بالبيع وهو التقابض المطلق للتصرف اذ المشروط له الزيادة يطالب صاحبه بالتسليم بحكم الشرط
والاخر يمتنع عن التسليم لوجود الضرر فيقع التنازع وهو فساد وما يفضي الى الفساد فهو فاسد ثم وقد رضي به لكن
ربما يندم لانه طبعه لا ينقاد ظاهرا لكونه مجبولا على حب المال المحصن غير ماجور وغير محمود فربما ينازع عند التسليم
والتسلم ولان عند انعدام المماثلة في متحد الجنس لا يكون كل واحد من المتعاقدين منتفعا بما يحصل له من العوض فيبيت انتفاع
صاحبه فلا يكون الفائدة تماما في حقه وكذا العقد في البدلين لم يثبتا لم يتم الفائدة في الجانبين او في احدهما ثم يلزم عند
فوات المماثلة التي هي شرط الجواز حرمة الربوا لقوله صلعم والفضل ربوا والفضل الزيادة والربوا اسم لزيادة هي حرام
واذا كان حكم النص وجوب المماثلة وحرمة الفضل بناء عليه فيعلل بعلة تؤثر في ايجاب المماثلة وهو القدر والجنس لا الطعم
والثمنية لان وجوب المماثلة لا يكون الا في محل قابل لها والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود بصورته
ومعناه قائم بعموم المماثلة بهما فالقدر عبارة عن التساوي فيحصل به المماثلة صورة والجنس عبارة عن التساوي في المعاني
فيثبت به المماثلة معنى قوله ولا يعتبر الوصف اي لا عبرة للوصف لقوله صلعم جيدها ورديها سواء وللاجماع فان
بيع قفيز جيد بقفيز ردي وفلس لا يصح ولان ما يتفحش به الا اهلاكه فمنفعته في انه يهدد الوصف اذ المقصود
المنفعة وهي في الذات بخلاف ما يتفحش به بغير اهلاكه لان انتفاعه بالوصف فيعتبر الوصف ولان الناس لا يعدون التفاوت
فيه مختبرا القلة لان في اعتباره سد باب البيع وهو مفتوح فما يؤدي الى انسداده فهو مردود قوله والطعم والثمنية من اعظم
وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق والاباحة بابلغ الوجوه لشدة الحاجة اليها دون التضييق اذ الحاجة لو تزكى الا بحم
كالميتة تحل عند الحاجة وكالطعام في الغنيمة يباح تناوله قبل القسمة ولا يباح تناول سائر الاموال فتحليل الحرمة بالاثبات
لا فضائه الى فساد الوضع نعم موضع الاستفاق عليه اذا كان صالحا كالزنا والسرقة اما اذا لم يكن صالحا لهذا المعنى فلا وسياق
النص دليلنا لانه ذكر الاشياء الستة وعطف بعضها على البعض وذكر للكل حكما واحدا فلابد ان يكون علة الكل متحدا اذ الحكم

اثر في الاطلاق اي في الحرمة ق

لابد لهن علة مشتركة فان قلت ايش يعني بقولكم العلة القدر مع الجنس لم يعنيه انه علة الربوا فهو ظاهر الفساد لان بيع المكيل
والموزون بجنسه متماثلا يصح مع وجود العلة وان عنيت انه علة وجوب المساواة فليس فيما بينت اشارة اليه قلت
هي علة وجوب المساواة وحرمة الفضل وقد اشرت الى ذلك لاني بينت ان الحديث اوجب المساواة وانما يتصور وجوبها في محل
يقبلها وذا انما يحصل بالقدر والجنس وباعتبار كونه قابلا للمساواة يحل المساواة وباعتبار وجوب المساواة يحرم الفضل لان
حكم الامر وما يوجب احد الضدين يقتضي نفي الضد الاخر اذا كان مفوتا له كالامر بالامساك في رمضان يقتضي حرمة الاكل والشرب
والوقاع لان الضد مفوت للمامور به فيثبت ان القدر والجنس علة وجوب المساواة وحرمة الفضل ومعنى قولهم علة الربوا القدر
والجنس علة وجوب المساواة التي يلزم عند فوتها الربوا وعلة حرمة الفضل واذا ثبت ان العلة القدر
والجنس يجري في سائر المقدرات سواء كان مطعوما او لا واذا بيع المكيل كالبر والشعير وهما جنسان لاختلافهما اسما
ومعنى خلافا لمالك في التمر والملح او الموزون كالذهب والفضة وما باع بالاواني جنسه مثلا بمثل صح لتحقق شرطه وهو التماثل
في المعيار اذ هو المراد بالمثل الا ترى انه روي مكانه قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضل احدهما
لم يصح لوجود العلة وفوت شرط الجواز فيتحقق الربوا وحده ورديه سواء ثم اعلم ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين
لان المحل لا يقبل المساواة لانها بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل المحرم اذ المراد به علة القدر لان الفضل لا يتصور الا بناء
على المماثلة والمراد بالمماثلة القدر بالنص فكذا الفضل عليها لا محالة ولهذا انضمن بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رح لا يجوز لوجود
العلة وهو الطعم والمخلص المساواة بالمعيار الشرعي ولم يوجد وما دون نصف الصاع في حكم الحفنة اذ لا تقدير في الشرع
بما دون بخلاف نصف الصاع لوروده التقدير به شرعا في صدقة الفطر وغيرها فاذ لا يجري فيه الربوا من المكيلات نصف
صاع وذا امدان حتى لو باع سمونا من البر بسمونه امنانا منه لا يصح ولو باع منونا بمنوين يصح ولو ساحا مكيلا او موزونا
غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لم يجز عندنا لوجود العلة وهي القدر والجنس وفوت شرط الجواز وعنده يجوز
لعدم العلة وهي الطعم والثمنية فحرم الفضل والنسا بهما والنسا فقط باحدهما قوله انه مال الربوا من وجه نظرا
الى احد الوصفين لوجود المسوى بينهما من وجه اما ذاما بالقدر او بالجنس والنقد خير من النسيئة فيتحقق شبهة
الربوا وهي كالحقيقة حتى فسد البيع مجازفة لاحتمال الربوا وهذا لان كل حكم يتعلق بوصفين مؤثرين لا يثبت الحكم الا بهما
فلكل واحد منهما شبهة العلة فيثبت شبهة العلة شبهة الفضل كما ثبت بحقيقتها حقيقته الا ترى انه لو اسلم قفيز بر
في قفيز شعير لا يصح اجماعا ولا يقال انه بعض العلة وبعض العلة لا يثبت الحكم لانه علة تامة لحرمة النسا وان كان
بعض العلة لحرمة ربوا النقد قوله فيتحقق شبهة الربوا لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربوا والريبة
اي الشبهة وذلك لانه لما وجدت الجنسية في بيع مال الاموال كانت شبهة علة الربوا موجودة فيه لما ان شبهة الربوا انما
يطلق على الشيء الذي يوجد فيه احد وصفي الربوا وقد وجدت الجنسية فكانت شبهة علة الربوا موجودة فيه فيثبت
عليها حكمها قوله الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ح هذا استثناء من قوله فاذا وجدا حل وعدم الاخر
حل التفاضل وحرم النسا فان ذلك اللفظ باطلاقه يتناول كل ما يوجد فيه احد وصفي الربوا من الجنس والقدر ولا يجوز

وعليه مشى

اسلام احدهما فى الآخر كاسلام الثوب الهروى فى الثوب المروى لوجود الجنسية والحنطة فى الشعير لوجود الكيل فيهما واسلام الحديد فى الرصاص لوجود الوزن فيهما ثم يرد عليه اسلام النقود فى الزعفران فانه يجوز مع ان الوزن فيهما موجود فمقتضى ما ذكر لا يجوز نظرا الى ذكر الاطلاق واستثنى بقوله الا انه اعلم ان اسلام الموزونات فى الموزونات لا يجوز عندنا الا فى مسئلة واحدة وهى اسلام الدراهم والدنانير فيما يوزن يجوز وان جمعهما احد الوصفين وهو الوزن ثم اختلف فى تعليله مشايخنا فى ذلك فقال بعضهم انما جاز ذلك لان صاحب الشرع رخص فى السلم والاصل فى راس المال الدراهم والدنانير فمتى قلنا بامتناع الجواز لوجود احد الوصفين ينسد باب السلم فى الموزونات على ما عليه الاصل والغالب فى الاكثر شرح الخصمه فى التجوز وقال بعضهم ان الوزن فى الدراهم والدنانير وسائر الموزونات وان اتحد صورة فقد اختلف معنى فان الوزن فى الدراهم والدنانير احد معنى يعنى المستحق بالعقد دون غيرهما لم يأخذ معنى يعين المستحق فان من اشترى دراهم او دنانير موازنة كان له ان يبيع موازنة من غير ان يعيد الوزن ثم مثله لو اشترى زعفرانا موازنة لم يكن له ان يبيع موازنة حتى يعيد الوزن فاذا اختلف معنى الوزن من هذا الوجه فنقول اذا اتفقا فى الوزن من كل وجه امتنع النساء لشبهة الربوا لوجود احد وصفى علة الربوا فاذا وجد الاتفاق من وجه دون وجه انحطت الشبهة الى شبهة الشبهة فانها غير معتبرة قوله ولو باع بالنقود حتى باع سيفا بالنقود بشرط الوزن فيضها له ان يتصرف فيها قبل الوزن ولو اشترى زعفرانا بشرط الوزن ليس له ان يتصرف فيه قبل الوزن فاذا اختلفا فى الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فصار كالموزون مع المكيل فانهما استويا قدرا ولكن لما اختلفا فى القدر جاز اسلام احدهما فى الآخر فكذا النقود مع سائر الموزونات وهذا لانهما اذا اتفقا فى الوزن من كل وجه حرم النساء لشبهة الربوا فاذا اختلفا من هذا الوجوه انحطت الشبهة الى شبهة الشبهة فلا تعتبر الصنجات تنكير اذو وعن الفراء رح بالسين افصح وانكره القتبى اصلا اعلم انه لو اشترى الزعفران بشرط الوزن بان يقول بعت هذا الزعفران على انه من او منوان وقبل المشترى لكن ليس للمشترى ان يتصرف فيه بالبيع وغيره من غير اعادة الوزن كما فى سائر السلع اما لو باع منا من الزعفران بالعقود المشار اليها فقال المشترى اشتريت هذا الزعفران بهذه العقود المشار اليها بشرط انها خمسة او عشرة دنانير وقبل البائع منه ذلك وللبائع ان يتصرف فى تلك العقود بان يشترى بها شيئا او يتصرف فيها بوجه آخر قبل اعادة الوزن فى العقود فعلم بهذا انهما لم يتفقا حكما كما لو اتفقا فى صورة الوزن فصار كالموزون مع المكيل فانهما استويا قدرا لكن لما اختلفا فى القدر جاز اسلام احدهما فى الآخر فكذا العقود مع سائر الموزونات فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما هذا اغلظ بتولى الف والنشر فان نظر الصورة ما ذكر اولا وكذا اتامه على الترتيب قوله لان النص اقوى من العرف لصيرورة العرف حجة بالنص وهو قوله صلعم وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن والاقوى لا يترك بالادنى فكذا لا يصار الى العرف مع وجود النص قوله وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس عملا بالادنى عند عدم الاقوى حتى لو تعارفوا الكيل فهو مكيل او موزون وعن ابى يوسف رح ان المعتبر فى كل الاشياء العرف فيعتبر العرف المنصوص على خلاف ما عليه لانه انما كان مكيلا او موزونا فى ذلك الوقت للعرف المنصوص على احدهما باعتباره وقد تغير فعلى هذا لو باع البر بجنسه متساويا وزنا او الذهب بجنسه متساويا كيلا لم يجز عندهما وان تعارفوا ذلك لان البر مكيل فيشترط جوازه المساواة كيلا والذهب موزون فيشترط جواز المساواة وزنا وبالعكس لا يعرف المساواة

وهو المجازفة شرعا فلم يجز كما لو باع مجازفة الا انه لو اسلم فى البر ونحوه يصح وفى رواية الطحاوى عن اصحابنا رح لان المماثلة لا تشترط فى المسلم فيه وانما اعتبر الاعلام على وجه لا يبقى بينهما نزاع فى التسليم واذا حصل بذكر الوزن كما حصل بذكر الكيل وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانه مكيل بالنص فيقوى على الاول لعادة الناس قوله كل ما ينسب الى الرطل فهو موزون الرطل بالكسر والفتح لغة قال ابو عبيد الرطل الاثنا عشر اوقية والاوقية اربعون درهما ووزن سبعة والاوقية بالتشديد اربعون درهما وهو افعولة من الوقاية لانها تقى صاحبها من الضر وفى كتاب العين الاوقية وزن من اوزان الذهب وهى سبعة مثاقيل كذا فى المغرب وفى الايضاح الاوقية فى الحديث اربعون درهما قوله معناه ما يباع بالاواقى كالدهن ونحوه لانه قدر بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا الا انه يسوق وزن الدهن بالاواقى لانه لا يمسك الا فى وعاء وفى وزن كل وعاء حرج فاتخذت الاواقى لذلك تيسيرا بخلاف سائر المكاييل اذا كان موزونا فلو بيع الدهن بمثله بكيل لم يقدر بالوزن كان مجازفة فلم يجز لاحتمال الربوا وقال الامام الاسبيجابى رح فائدة قوله ما ينسب الى الرطل انه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا فى الكيل متساويا فى الوزن وكان له اعتبار للوزن فيجوز وقوله بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لانها قدرت بطريق الوزن حتى لم يقدر فى المكاييل بطريق الوزن فكان لا اعتبار فى المكاييل بالكيل كذلك حتى لو باع قفيز حنطة بقفيز حنطة لا ندرى قدر القفيز وزنا يجوز وقال فخر الاسلام قاضيخان رح بتفسير قوله ما ينسب الى الرطل لما يباع بالاواقى كالدهن ونحوه فهو وزنى لان الاواقى قدرت بالوزن فصار وزنيا وفائدة ذلك ان ما يباع بالاواقى اذا بيع مكايلة بكيل غير الاواقى سواء بسواء لا يجوز لانه باع الموزون بالكيل الذى لم يقدر بالوزن فيكون مجازفة قوله وعقد الصرف اعلم ان التقابض شرط فى بيع الصرف فى المجلس لما سيأتى فى كتابه قوله هاء وهاء بوزن هاع بمعنى خذ وهنه قولك هات هاؤم اقرؤا كتابيه اى يقول كل واحد من المتعاقدين لصاحبه ها اى هاك فيتقابضان قوله وما سواه اى ما سوى من جنس الاثمان مما فيه الربوا اى ما يتحقق فيه الربوا كالحنطة بالحنطة فانه لا يشترط فيه التقابض عندنا وقال الشافعى رح التقابض شرط فى بيع الطعام بالطعام لقوله صلعم يدا بيد والمراد به القبض وانما كنى عنه لانها آلته ولانه المراد بالعقدين فكذا فى غيرهما ولانه اذا لم يقبض فى المجلس فيتعاقب القبض والمقبوض مزية على غيره اذ يشفع بالمقبوض بلا واسطة بخلاف غير المقبوض فيتحقق شبهة الربوا وهى ملحقة بالحقيقة كما فى الحال والموجل بقدر ما قال اصحابنا انه باع عينا بعين فلا يشترط فيه التقابض كما لو باع ثوبا بثوب فانه قال عن قبض وهذا لان المطلوب من العقد التمكن من التصرف وذا يترتب على التعيين غير ان التعيين فى النقود لا يتحقق الا بالتقابض فاشتراطه فى الصرف للتعيين لا لنفسه وغير النقود يتعين بالتعيين فلا حاجة الى التقابض والمراد بقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد عينا بعين اذ المراد التعيين كما هو المراد بالقبض فلئن كان حمله على القبض اولى بل حمله على هذا احق لما روى عبادة بن الصامت عينا بعين وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا فى المالية فان التجار لا يفصلون بين المقبوض فى المجلس والمقبوض بعده بعد ان يكون حالا فلم يمكن فصل فى احدهما فيجوز بخلاف الحال والموجل فان قلت كونهما يتعينان بالتعيين لا يسقط اشتراط التقابض فان من باع اناء فضة باناء فضة او اناء ذهب يشترط التقابض مع ان اناء الفضة او الذهب مما يتعين بالتعيين لما عرف فى الصرف فكان التعليل فى اسقاط التقابض فى بيع الطعام بالطعام بانهما مما يتعين بالتعيين فلا يحتاج الى القبض تعليلا منقوضا به قلت ليس بمعوض لان اناء فضة او ذهب الحق مما يتعين بالتعيين بسبب الصنعة

فى المجلس

لكن لم يسقط عنه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط الفضل عيار الشبهة في الربوا بخلاف الطعام فانه
ما خلق للثمنية فلا يكون شبهة عدم التعيين فلا يتعين بالتعيين او نقول ابتداء ان الواجب في الصرف التعيين ليصير المحل قابلا لحكم العقد
وهو التمكن من التصرفات في ذلك يترتب على التعيين غير ان التعيين في النقود لا يتحقق الا بالقبض فكان تعيين احدهما شرطا لصلاحه
المعقود عليه وتعيين الاخر في مقابلته ليتحقق المساواة لان العين خير من الدين وغير النقود يتعين بالتعيين فلا حاجة الى التقابض
قوله والشافعي رح يخالفنا فيه لوجود الطعم قلنا ان حكم النص وجوب التساوي بين البدلين فلا يشرع الا في محل قابل
له وهذا المحل لا يقبله فلم يشترط التساوي فيه فبقي الاصل وهو الاباحة قوله وقال محمد رح لا يجوز كما لو باع الدرهم
بالدرهمين لان الفلوس الرائجة ثمن فلا يتعين بالتعيين في النقود كالنقدين الا ترى انه لو قوبلت بخلاف جنسها لا يتعين حتى
لو اشترى بفلوس معينة شيئا فهلكت قبل التسليم لا يبطل العقد ولو استبدلها به صح فكذا اذا قوبلت بجنسها لاستواء الجنس
وغير الجنس فيما يتعين بالتعيين وفيما لا يتعين به كالمكيل والموزون والذهب والفضة واذا لم يتعين بطل البيع كما لو لم يتعين بغير بر
ما قال ابو حنيفة وابو يوسف رح انه باع عينا عددا بالتعيين عددين فيصح كالجوزة بالجوزتين وهذا لان الفلوس عددية
والعددي يتعين بالتعيين ويصح بيع الواحد منه بالاثنين كالجوز والبيض وعدم تعينها لكونها ثمنا وقد زالت صفة الثمن عنها
لانها تثبت بحادث الاصطلاح لا بالخلقة وقصد العاقدين تصحيح العقد ولا وجه لتصحيحه الا بتعيين الفلوس وخروجها
من الثمنية اذ العقد لا يصح على غير المعين ولا يتعين الا ان يصير سلعة ولا يصير سلعة الا بالكساد او برفع الاصطلاح على الرواج
فصار هذا منهما اعراضا عن ذلك الاصطلاح ضرورة فان قلت الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فكيف يبطل باصطلاحهما وفيه نسخ
الاجماع بالاحاد قلت الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فيبطل في حقهما باصطلاحهما فيصح على التعيين
فان قلت اذا خرج في حقهما من ان يكون ثمنا فحدود وزنا لكان هذا بيع قطعة صفر بقطعتي صفر وهو فاسد فلم يكن في ابطال
وصف الثمنية تصحيح العقد قلت الاصطلاح في الفلوس على صفة الثمنية والعدد ومنهما اعراضا عن اعتبار وصف الثمنية فيها
وما اعرضا عن اعتبار وصف فيها وليس من ضرورة خروجها من ان يكون ثمنا في حقهما خروجها من ان يكون عددية كالجوز فانه عددي
وليس بثمن فهو باتفاقهما يصير بهذه الصفة بخلاف النقود لانها خلقت ثمنا فلا يرتفع ذلك باصطلاحهما كما لا يرتفع باصطلاحهما
الكل بخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بكالئ وقد نهي عنه بخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه فان باع فلسا بعينه
بفلسين بغير عينهما او باع فلسا بغير عينه بفلسين بعينهما لان الجنس بانفراده يحرم النسا قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق
الى اخره بناء على ان المجانسة باقية من وجه لان الدقيق بالطحن لم يوجد الا تفريق الاجزاء والمجتمع بالتفريق لا يصير شيئا اخر ولهذا
بقي حرمة الربوا الفضل بين الدقيق والحنطة وزائلة من وجه لتبدل الاسم ولهذا لو وكل رجلا بان يشتري له حنطة فاشترى له
دقيقا فانه لا يلزم الموكل وكذا المعاني مختلفة فان ما يبتغى من الحنطة لا يبتغى من الدقيق من البذر واتخاذ الهريسة
والسويق والمجانسة زائلة من وجه وربوا الفضل من الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن ثم وقع الشك انه زال ام لا
فلا تزول الحرمة بالشك واذا ثبت الربوا بينهما لم يثبت المخلص بالتساوي كيلا في هذه لان الشرع اعتبر التساوي بالكيل مخلصا
عن الحرمة حال قيام المجانسة من كل وجه فانه قال الحنطة بالحنطة مثل بمثل كيل بكيل قوله اكتنازهما الاكتناز الكنز

مخاسيحوان وحران يقال كنز الشيء اكتنازا اي اجتمع وامتلأ وقولهم احرا الروث متخلخله اي في خللها فرج لرخوتها
وكونها مجوفة قوله بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا جائز واستحسانا متساويا وكيلا على انهما حالان منه الا ان العامل
في متساويا لفظ بيع والعامل في كيلا متساويا قوله ورايت الناس يدخلون في دين الله افواجا في قوله يدخلون العامل
قوله ورايت وفي افواجا يدخلون على هذا الطريق وانما جاز البيع بينهما عند التساوي بالكيل لان المجانسة بينهما قائمة
من كل وجه والاستواء في القدر ثابت اما المجانسة فظاهر واما ثبات الاستواء في القدر فلان الدقيق كيلي فان الناس اعتادوا بيعه
كيلا ولهذا اجاز السلم فيه كيلا ويجوز بيعه في الذمة كيلا وكذا يجوز استقراضه كيلا وقيل انما يجوز بيع الدقيق كيلا اذا كانا
مكبوسين كذا في الذخيرة قوله وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز متساويا ومتفاضلا لبقاء المجانسة من وجه اذ السويق
مقلية والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح بحال فكذا بيع الدقيق بالسويق ولهذا لا يجوز
بيع المقلية بالدقيق وفي بيع الحنطة بالسويق فكذا بيع اجزائهما بل هذا احق لتوفر المجانسة هنا قوله وعندهما يجوز
اي متساويا ومتفاضلا بناء على انهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود اذ يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصيدة
ونحوهما ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق وانما يلت بالسمن او العسل ونحوه قلنا التحري بمعظم المقصود وهو يشملهما فلا
يبالي بفوات بعض المقاصد كالحنطة المقلية مع غير المقلية وكالعلكة مع المسوسة فانها لا تصلح للزراعة والهريسة وذلك لا يوجب
اختلاف الجنس فكذا الدقيق مع السويق الا ان بيع الحنطة المقلية لاكتناز احدهما وتخلخل الاخر وبيع العلكة بالمسوسة يصح لوجود
المساوي بينهما العلكة الجيدة يقال حنطة علكة اي يلزج كالعلك من جودتها وصلابتها والتلزج التمدد من غير انقطاع المسوسة
ومن دودة تقع في الصوف والثياب والطعام ومنه قولهم حنطة مسوسة بكسر الواو المسدودة ولم يذكر بيع الحنطة المقلية
بالمقلية وحكمه قال في الذخيرة يجوز بيع المقلية بالمقلية اذا تساويا كيلا لان المجانسة بينهما قائمة من كل وجه فيكفي لجواز
البيع بالمماثلة الحالية قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح والشافعي اذا باعه
بلحم من جنسه بان باع شاة بلحم شاة لا الا ان يكون اللحم المفرد اكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون بمقابلة ما فيه والباقي بازاء
السقط لانه لو لم يكن يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط ومن حيث زيادة اللحم وصار كبيع دهن السمسم بالسمسم فانه
لا يصح الا بطريق الاعتبار بل اولى لان اللحم في الشاة ابين من الدهن في السمسم فانه قائم بعينه ولكنه مختلط بغيره من
الجلد والسقط والدهن وليس بقائم وانما يحدث بالعصر فلما ثبت الربوا بين الدهن والسمسم لان يثبت هنا اولى ولهما
انه باع موزونا بغير موزون فيصح كيف ما كان كما لو باع الثوب بالقطن وهذا لان الحيوان ليس بموزون بل هو عددي متفاوت
اذ الموزون العرف ما يقدر بالوزن وذا لا يمكن في الحيوان لانه يخفف نفسه مرة لصلابته ويثقل اخرى لاسترخاء مفاصله والميت
للاسترخاء اثقل من الحي والنساء لاسترخائهن اثقل من الرجال لصلابتهم بخلاف تلك المسألة لان الوزن في الحال يعلم قدر الدهن
اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير والنهي عن بيع اللحم بالحيوان فيما اذا كان احدهما نسيئة كذا ذكر بعده انه في رواية
يقول قوله ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل كيلا بكيل خلافا للشافعي وابي يوسف ومحمد رح لحديث سعد بن
وقاص انه صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال عليه السلام اينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا فاسد البيع

واشار الى العلة وهو النقصان عند الجفاف وبه يتبين ان شرط جواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد
الجفاف وذا لا يعرف بالمساواة كيلا في الحال لان نقصان الرطب بما ينقص فصار الجفاف عفوا ما قال ابو حنيفة رح قوله صلى
التمر بالتمر مثل بمثل والرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدى له رطبا او كل تمر خيبر هكذا وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع التمر قبل
ان يزهى اى يحمر او يصفر فسماه تمرا وهو بسر ولان التمر اسم جنس لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى ان يدرك
وما بين ذلك احوال وصفات تتعاقب مع اتحاد الذات كالآدمي يكون صبيا ثم شابا ثم كهلا ثم شيخا واذا ثبت ان الكل تمر فيراعى
وجود المماثلة عند العقد وقد وجدت فيجوز البيع لقوله عليه السلام التمر بالتمر مثل بمثل الا فيجوز لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فكان جوازه لازما اثر عدمه ملزوما فيتحقق لزومه وهذا احسن المناظرة لدفع
الخصم كما قال ابو حنيفة رح اذا دخل بغداد ولكن لاحرج في حكم الحادثة به لحرارة قسم بالك الحنطة المقلية بغير المقلية
وانه لا يجوز بيعها ولا اتفاق لو كان حنطة لجاز لقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة وان لم يكن يجوز لقوله عليه السلام اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رووا على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة واستحسن اهل الحديث منه هذا
الطعن حتى قال ابن المبارك كيف يقال ابو حنيفة رح لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه على انه ورد
مخالفا للحديث المشهور فيرد وقال الصحيح انه يسئل عن بيع الرطب بالتمر نسيئة كذا روى ابو داود في سننه وبه نقول **قوله**
والرطب بالرطب يجوز بيعهما متماثلا كيلا عندنا خلافا للشافعي رح فان عنده اعتبار التساوي في اعدل الاحوال وانه غير معلوم ان صح
والاصل الحرمة ولنا قوله عليه السلام التمر بالتمر كيل بكيل والرطب تمر لما مر **قوله** وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة
بمثلها او باليابسة او التمر المنقع بالمنقع او الزبيب المنقع بالمنقع او غير المنقع من انقع الزبيب في الخابية ونقعه
القاه فيها ليبتل ويخرج حلاوته وزبيب منقع بالفتح مخففا واسم الشراب نقيع اعلم ان ابا حنيفة وابا يوسف رحمهما الله
اعتبر التساوي في الحال اذ التساوي شرط صحة العقد فيشترط عند العقد لا بعده فيصح عنده هذه النوع الا ان ابا
يوسف رح ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد فبقي الباقي على القياس وعند محمد رح لا يصح في جميع ذلك لانه
يعتبر المماثلة في اعدل الاحوال وهو المآل الذي الاشارة في حديث سعد واذا لا يوجد في هذه الصور **قوله** وفي الرطب
بالتمر مع بقاء احدهما اى يظهر التفاوت مع بقاء احدهما على ذلك الاسم فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه فيفسد
قوله علاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد
الراء كم النخل لانه يستر ما في جوفه وهذا الحكم بناء على ان التمر اسم لما يخرج من النخل من حين تنعقد صورته الى ان يدرك ولا
تنعقد صورة التمر في الكفرى فلا يكون تمرا الكفرى بالفارسية غنچه خرما وهو اول ما ينشق عليه النخل **قوله**
ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج الى آخره اعلم ان الاصل في جنس هذه المسائل ان المجانسة بين
الشيئين قد يكون باعتبار العين تارة وباعتبار ما في الضمن اخرى فيهما وجدت المجانسة عينا لا يعتبر ما في الضمن حتى يجوز
بيع قفيز حنطة بقفيز حنطة اكلها السوس ولا يعتبر ما في الضمن وفي الحنطة بالدقيق جعل المجانسة بما في
الضمن حقيقة وان كان بينهما اختلاف الحكم لا المجانسة بين الزيتون والزيت صورة وانما يعتبر المجانسة بما في الضمن وهو

الزيت الذي في الزيتون وبيع احدهما بالآخر على اربعة اوجه اما ان يعلم انهما في الزيتون من الزيت اكثر من المنفصل فيدخل الفضل
الخالي عن العوض فلا يجوز البيع وكذلك ان علم انه مثله لان ثفل الزيتون يكون فضلا خاليا عن العوض ولو كان لا يعلم كيف
هو لا يجوز العقد عندنا وقال زفر رح يجوز لان الاصل في مقابلة مال بمال متقوم جواز العقد وانما الفساد لوجود الفضل
الخالي عن العوض فما لم يعلم به لا يفسد العقد وعندنا الفضل الذي يتوهم الوجود كالمتحقق في باب الربوا لما روى
انه صلى الله عليه وسلم نهى عن الربوا والريبة وهو شبهة الربوا وقال ابن مسعود رضي الله عنه كنا ندع تسعة
اعشار الحلال مخافة الحرام وان علم ان ما في الزيتون من الزيت اقل من المنفصل فالبيع جائز لان المثل يصير بازاء المثل
والباقي من الزيت بازاء الثفل فلا يظهر الفضل وكذا الدهن السمسم بالسمسم وامثاله الاخر في هذه من ذلك نسبة لوجود
المجانسة باعتبار ما في الضمن **قوله** ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا والمراد لحم البقر والغنم
والابل اما البقر والجواميس جنس وكذا الضأن والمعز والعراب والبخاتي قال فلت ينبغي ان يجوز بيع دهن السمسم
بالسمسم كيلا قلت المقصود من السمسم ما في السمسم وهو دهنه فكان فيه جنس بيع الجنس بالجنس فان قلت لما كان
ما في السمسم مقصودا وتجيزه ايضا مقصود حتى جعل بمقابلته شيء من الدهن ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا لان ما
لكل جنس الى خلافه كما في الصرف قلت ذاك الصرف انما يصح في المنفصل خلقة حتى امكن اعتباره منفصلا والسمسم لما
كان زائدا في احد الجانبين كان ما في السمسم الزائد من الدهن ايضا زائدا على الدهن الذي هو في ضمن السمسم بمقابلته
والدهن زائد فكان فيه بيع الدهن بالدهن متفاضلا فلا يجوز **قوله** وعند الشافعي رح انها جنس واحد لاتحاد الاسم
والصورة والمقصود ولنا ان اصولها اجناس حتى لا يضم البعض الى البعض في الزكوة وكذا الاسامي مختلفة باعتبار
الاضافة كدقيق البر مع دقيق الشعير والمقصود مختلف ايضا فبعض الناس يرغب في بعض اللحوم والالبان دون البعض
وقد ينفعه البعض ويضره البعض فكذا اجزاؤهما اذا لم يتبدل بالصنعة حتى اذا تبدلت بالصنعة لا يعتبر اتحاد الاصل
بل يصير جنسين بسبب الصنعة وان كان اصلهما واحدا كالوذاري والزندنيجي والهروي مع المروي فاذا تبدلت صار
النوعين فيجوز البيع كيف ما كان كبيع الحنطة او الدقيق بالخبز **قوله** وكذا الخل الدقل هو نوع من ارذى التمر
وتندبه لان الخل الغالب يتخذ منه **قوله** وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا خير فيه اى لا يجوز على وجه المبالغة
لانه نكرة في موضع النفي فيعم جميع الخير والفتوى على الاول اى قولهم بيع الخبز بالحنطة والدقيق جائز **قوله** وكذا السلم
في الخبز جائز في الصحيح وذكر ابن رستم في نوادره ان على قول ابي حنيفة ومحمد رح لا يصح السلم في الخبز وعلى قول ابي يوسف
يصح اذا شرط وزنا معلوما وضربا معلوما واختار المشايخ رح للفتوى قول ابي يوسف اذا اتى بشرائطه لحاجة الناس
لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض الذي سمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض **قوله** ولا خير في استقراضه
الى آخره بناء على ان الاستقراض انما يصح في المثلي لان شرط صحة القدرة على اداء مثل المستقرض وقد فات شرط صحة
الاستقراض فلا يصح الاستقراض وعند محمد رح يصح بهما للتعامل الناس به كما للتعامل كما في الاستصناع **قوله**
ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده لسيده فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان مأذونا غير مديون فان كان مديونا

لا يصح لأن دين العبد يمنع ملك المولى عند ابي حنيفة وعندهما ان كان يمنع فلا يعري عن التعلق فلا يكون ملكا له مطلقا فيتحقق الربوا كالتحقق بينه وبين مكاتبه **قوله** بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رح فيما اعتبرا بالمستامن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب لان مال اهل الحرب مباح في دارهم فكان اخذا مالا مباحا بلا غدر وهو ما لا يسلمان ضمن لهم ان لا يخونهم وتملك المال بهذا الطريق حلال عن الخيانة بخلاف المستامن منهم لان ماله صار محظورا بامانه فيفضي الى الغدر وهو حرام ولا بين مسلم مستامن في دار الحرب وبين مسلم اسلم ثمه عند ابي حنيفة لان مال من اسلم ثمه لا عصمة له فصار كمال الحربي فيجوز اخذ مال الحربي برضاه للمسلم المستامن وقالا انه ربوا جرى بين مسلمين وهو حرام

باب الحقوق

اعلم انه ابتع المصنف رح ترتيب الجامع الصغير فيما هو من مسائله وهنالك هكذا وقع فكذا هنا ولان الحقوق توابع فكيف ذكرها بعد ذكر مسائل البيوع **قوله** بكل حق هو له اي الحق الذي للمنزل من الطريق الذي فيه حق الخروج والدخول **قوله** فيه اي في المنزل مما يشفع به كحق المراب **قوله** بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير اي قال ذلك اللفظ الاول وهو قوله بكل حق هو له ولم يقل غيره او قال الثاني ولم يقل غيره او قال الثالث ولم يقل غيره ثم اعلم ان الحقوق في العادة يذكر فيما هو تابع للمبيع ولا بد للمبيع منه ولا يقصد الا لاجله كالشرب والطريق للارض والمرافق عبارة عما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب للارض ومسيل الماء وقوله كل قليل وكثير يذكر على وجه المبالغة في اسقاط حق البائع عن المبيع وعما هو متصل به حينئذ الى الحل المتن فان العلو لا يدخل بشراء بيت لان قال بكل حق هو له ما لم ينص على العلو وبشراء منزل لا يدخل الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او غيره من ذكر التوابع وبشراء الدار يدخل العلو والكنيف ان لم يذكر بكل حق هو لها **قوله** وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك يعني هذا الجواب على هذا التفسير بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرا او كبيرا الا دار السلطان فانها تسمى سراي **قوله** ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا وهو كل حق هو لها او بمرافقها او بكل قليل وكثير هو له فيها او منها عند ابي حنيفة رح اعلم ان الظلة التي تكون على ظهر الطريق وهي التي احد طرفي جذوعها على حائط الدار المبيعة وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل وعلى الاساطين المنصوبة تجاه الدار وتقال لها الساباط فلا يدخل عند ابي حنيفة الا بذكر الحقوق وعندهما يدخل بلا ذكر الحقوق اذا كان مفتحها في الدار لانها من توابع الدار واجرائها فصارت كالكنيف والعلو وله ان الظلة تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها عليها وليست تابعة لها من حيث ان قرار طرفها الآخر على شيء آخر ولو كان قرار طرفيها بها لدخلت تبعا لها بلا ذكر كالكنيف فلو كان قرار طرفيها شيء آخر لم يدخل تبعا ولم يذكر تبعا لها اصلا فاذا كان قرار احد طرفيها بالدار المبيعة وقرار طرفها الآخر بشيء آخر لم يدخل اذا لم يذكر الحقوق ودخلت اذا ذكرت عملا بالشبهين **قوله** لانها خارجة عن الحدود مبنية على هواء الطريق فصارت كالطريق الخارج لانه خارج الحدود الا انه من التوابع وهذا لان هذه الاشياء وان كانت تابعة للمبيع من حيث انه لا يقصد عينها وانما يقصد بها الانتفاع بالمبيع الا انها اصل بنفسها من حيث انه يتصور قيامها دون المبيع وكانت تابعة للمبيع من وجه دون

وجه فلا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق بخلاف الاجارة فان هذه الاشياء يدخل فيها بلا ذكر الحقوق لانها شرعت للانتفاع ولا يتحقق الانتفاع الا بهذه الاشياء اذ المستاجر لا يشتريها عادة ولا يحل للمستاجر ولو استاجر الطريق الذي لرب الدار لم يجز فيجب ادخالها تحت الاجارة تحريا للجواز وهاهنا ولا كذلك البيع لانه لم يشرع للانتفاع فان الانسان قد يشتري الشيء لينتفع به وقد يشتري به ليبيعه فلا يكون المقصود منه الانتفاع به لا محالة ولهذا جاز بيع ما لا ينتفع به كالمهر ونحوه بخلاف الاجارة على انه يمكن الانتفاع به ان يشتري الطريق فلا ضرورة الى ادخال الطريق في العقد فلا يدخل ولو استاجر علو المنزل واستثنى الطريق فسدت بخلاف البيع فانه لو اشترى علو المنزل واستثنى الطريق صح لان موجب البيع ملك الرقبة والانتفاع من ثمراته والاجارة شرعت لتمليك المنفعة فتقتضي تحققها ولا انتفاع بلا طريق ااه والله اعلم

باب الاستحقاق

اصل الكتاب صح

ما سبيد الناس ظاهرة من حيث اللفظ والمعنى لان البينة حجة متعدية حتى يظهر في حق كافة الناس والاقرار حتى يقتصر على المقر لان البينة تصير حجة بالقضاء للقاضي ولاية عامة فتتعدى الى الكل اما الاقرار فحجة لا يتوقف على القضاء ولا ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه والساقط يمنع دعوى الملك دون الحرية والطلاق والنسب لان القضاء بالملك بطلق على ذي اليد قضاء عليه وعلى من يتلقى الملك من جهته دون غيره والقضاء بالحرية وفروعها قضاء على الناس كلهم لان الحرية حق الله تعالى حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه والناس كلهم خصوم في اثبات حقوق الله تعالى نيابة عنه تعالى لكونهم عبيده فكان حضور الواحد كحضور الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل كالورثة لما قاموا مقام المورث في اثبات حقوقه وفي الدفع عنه قام البعض مقام الكل بخلاف الملك لانه حق العبد على الخصوص فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب لعدم ما يوجب انتصابه خصما فالقضاء عليه لا يكون قضاء على غيره الا ان من يتلقى الملك من جهته يصير مقضيا عليه ايضا لتعديه القضاء اليه لاتحاد الملك من شخص على فرع حادثه لم يصر مقضيا له في تلك الحادثة ابدا **قوله** ومن اشترى جارية فولدت عنده اي باستيلاده فاستحقت ببينة بيعها وولدها اي باخذها وولدها **قوله** وان اقر بها الرجل لم يتبعها اي باخذ المقر له الام ولا ياخذ ولدها والفرق ان البينة حجة مطلقة مبينة كاسمها فيثبت بها الملك من الاصل ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق بالبينة والولد كان متصلا بها يوميذ فيثبت بها الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر انه وحيث الضرورة ثابتة بعد انفصال الولد فلا يظهر الاستحقاق في الولد فلا يكون له الولد ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق بالاقرار **قوله** وقيل يشترط القضاء بالولد ايضا في فصل البينة يكتفي بالقضاء بالام عند البعض لانه تابع لها فدخل في الحكم تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد والله اشار محمد رح فقال اذا قضى بالاصل للمستحق ولم يعلم بالزوائد لم يدخل الزوائد تحت القضاء وكذا اذا كانت الزوائد في يد آخر وهو غائب لم يدخل الزوائد تحت القضاء لانفصال الزوائد عن يده حين يوم القضاء فلم يكن يدعي القضاء بها **قوله** وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع فيهما بناء على ان ضمان الثمن وجوبه بالمبايعة او بالكفالة ولم يوجد واحدة منهما وانما الموجود منه الاخبار كاذبا بكونه عبدا وذا لا يوجب ضمان الثمن كما لو وجد ذلك من الاجنبي

فانه لا يضمن لاجنبي ولو كان سببا للضمان لما افترق الحال بين حضرة المولى وغيبته غيبة منقطعة ولما كان العبد
ضمن للمشتري سلامة نفسه وسلامة الثمن بتعذر استيفائه من البائع اذ المشتري انما رغب في شرائه معتمدا
على امر العبد اياه بالشراء وعلى اخباره بانه عبد فيجعل العبد ضامنا سلامة بدله عند عدم سلامة نفسه لفقد
الحرية وقد تعذر الاستيفاء من البائع اذا غاب غيبة منقطعة فيرجع المشتري على العبد لحكم الضمان
كالمولى اذا قال لاهل السوق بايعوا عبدي هذا فاني اذنت له في التجارة فبايعوه ولحقته ديون ثم استحق
العبد فان ارباب الديون يرجعون على المولى بقيمته دفعا للغرور وجعل كان المولى ضمن لهم سلامة حقهم من نفسه
عند تعذر الاستيفاء من مالية العبد والبيع عقد معاوضة يستحق به السلامة فامكن ان يجعل الامر ضمانا بالسلامة
على ما هو موجبه نفيا للغرور ولا كذلك الرهن لانه لم يشرع معاوضة بل شرع لملك الحبس من غير عوض يقابله ويصير
به قابضا استيفاء لعين حقه من غير عوض فلا يمكن ان يجعل الامر به ضمانا بالسلامة ولهذا يصح برأس مال السلم
او المسلم فيه اذا هلك يقع الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم والمسلم فيه وهو حرام
وكذا في بدل الصرف فلم يكن هذا غرورا في عقد معاوضة فلا ينتهض للضمان ولهذا اذا سال غيره عن امن الطريق سماع
فقال اسلك هذا الطريق فانه امن فسلكه فسلبه اللصوص امواله لم يضمن المخبر شيئا لانه غرور في غير المعاوضة
بخلاف الاجنبي فانه لا يبالي باخباره فلا يتحقق الغرور فان قلت قوله فاذا هو حر مشكل على قول ابي حنيفة لان ثبوت
الحرية يكون بالقضاء والقضاء بالشهادة ودعوى العبد شرط للشهادة القائمة على الحرية عنده ولا تسمع دعواه
لان التناقض يفسد الدعوى فكيف يثبت الحرية قلت قد اجاب عنه بعض مشايخنا بان الوضع في حرية الاصل والدعوى
فيها ليست بشرط عنده لانها لا تخلو عن حرمة فرج الام اذ الشهود يعتمدون في شهادتهم الى المحض الاحتياج اذا
جلب عنها كانت الدعوى شرطا والتناقض انما يمنع من حيث انه يعدم الدعوى اذا لم تكن دعوى العبد في حرية
الاصل شرطا عنده فلا عبرة للتناقض والصحيح ان دعوى العبد عند ابي حنيفة شرط في حرية الاصل وفي العتق
العارض لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وصحة الشهادة لا في حرية الاصل ولا في العتق العارض اما في حرية
الاصل فلخفاء حال العلوق فان الولد يعلق من ماء الحر صغيرا ولا يعلم حرية ابيه وامه فيقر بالرق ثم يعلم بحرية
ابيه وامه فيدعي الحرية والتناقض في مثل هذا طريقه طريق الخفاء لا يمنع صحة الدعوى واما العتق العارض فلان المولى ينفرد
بالاعتاق بلا علم العبد فيجري فيه الخفاء ايضا فيجعل التناقض فيه عفوا كما لو اختلعت امراة ثم اقامت بينة على انه
طلقها ثلاثا قبل الخلع فانها تسمع وان ناقضت للخفاء في طلقه لاستبداده به وكما لو اقام المكاتب بينة على اعتاق
سيده قبل الكتابة فانها تقبل لاستبداد سيده قوله لان المدعي لم يقل اي لم يقل دعواي في هذا الباقي لو صح التوفيق
فالمدعي لم يقل عند الدعوى في هذا الباقي فلا يثبت حق الرجوع بالشك **قوله** لان التوفيق غير ممكن لان الصلح
وقع عن كل الدار على ما فيه فلا بد من نقض الصلح بقدر ما استحق فيرجع على المدعي ببدله عند فوات سلامة المبدل
قوله ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز بناء على ان الجهالة في الساقط لا تفضي الى النزاع

وعلى ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق ليست بصحيحة لجهالة المدعى ولو اقام
البينة عليه لا تقبل بينته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق فحينئذ تصح الدعوى وتقبل البينة

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ظاهر لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق
لان المستحق يقول عند المدعي هذا ملكي ومن باعك انما باعك بغير اذني فهو عين بيع الفضولي وهو بضم الفاء لا غير اعلم ان كل عقد لزم
صدر من الفضولي له مجيز حال وقوع العقد موقوفا على الاجازة **قوله** وقال الشافعي رح لا ينعقد فان عنده
تصرفات الفضولي كلها باطلة ولا يتوقف على الاجازة لانه اضاف التصرف الى محل لا ولاية له عليه فيلغو اذ الولاية
تكون بالملك المطلق للتصرفات وباذن المالك الذي له ولاية التصرف ولم يوجدا اذ التصرف الشرعي كما يتوقف على الاهل
والمحل يتوقف على الولاية الشرعية فاذا فاتت لا ينعقد ولنا ان التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في
انعقاده فينعقد موقوفا وهذا لان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية بكون المال متقوما وقد وجد ولا ضرر في انعقاده
للمالك لانه مخير فيه فاذا راى المصلحة فيه نفذه والا فسخه بل له نفع حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشتري
وقرار الثمن وفيه نفع العاقدين من حيث صيانة كلامهما عن الالغاء فيثبت القدرة الشرعية احترازا عن هذه
الوجوه على ان الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل ياذن لتحصيل التصرف له اذن بذلك فان قلت اعتبار التصرف شرعا
لحكمه ولم يوجد فيلغو قلت لا نسلم ان الحكم لم يوجد بل تاخر وقد يتاخر حكم العقد عن العقد كما في البيع بشرط الخيار
على انه يثبت حكم يليق به فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف كما يثبت بالسبب البات ملك بات ولا يلزم
طلاق الصبي العاقل امراته فانه لا ينعقد وان كان اهل الكلام حتى لو طلق امراة غيره صح والمحل موجود وهو
المنكوحة لانه صدر من غير اهله لان الشرع الحجر عن العقل له فيما يضره والطلاق من المضار لانه ابطال
ملك هو مصلحة فالتحق فيه بالمجنون فهو ليس من اهل الكلام حتى لو طلق الصبي العاقل امراة غيره يوقع عليها
ما لا يضره ولا يلزم طلاق البالغ امراة الصبي لانه لا مجيز له حال وقوعه ولا يلزم شراء الفضولي حيث ينعقد
عليه لان البيع ينعقد ولا يلغو فكذا الشراء ينعقد ولا يلغو **قوله** وله الاجازة اذا كان المعقود عليه
باقيا اعلم انه انما يجوز البيع الموقوف بالاجازة اذا بقي العاقدان والمعقود عليه ومن وقع العقد له بناء على
ان الاجازة تصرف في العقد فيتوقف على قيامه وذا بقيام العاقدين والمعقود عليه اما اشتراط المعقود له
فلما ياتي بعد هذا **قوله** واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا للمالك امانة في يد الفضولي لان الاجازة
في الانتهاء كالاذن في الابتداء **قوله** هذا اذا كان الثمن دينا كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة
والكيلي والوزني الموصوف في الذمة اي غير معين **قوله** فان كان عرضا معينا يشترط لصحة الاجازة
قيام ذلك العرض ايضا لان الاجازة تكون اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه
مثل المبيع ان كان مثليا وقيمته ان كان من ذوات القيم لانه شرى من وجه وشرى الفضولي لا يتوقف على الاجازة
الغير بل ينعقد عليه تحقيقا لان الثمن اذا كان عرضا كان الفضولي بائعا للجارية مشتريا للعرض به

من وجه الشرى لا يتوقف لان الثمن يلزم في ذمته في الشرى فيلزمه ما التزمه بخلاف البيع لان قيامه بالمبيع وهو ملك
الغير ويتضرر الغير بلزوم العقد فقلنا بالتوقف لانه لا يتضرر الغير به فاذا اجاز المالك البيع بالعرض كان مجيزا
نقد ملكه عوضا عما اشترى وصار الفضولي مستقرضا عن المالك ما باعه وان كان حيوانا لان استقراضه يصح
في ضمن الشرا وان كان لا يصح قصدا لانه يثبت بمقتضى الشرى فيثبت بشروطه والشرى مشروع فما في ضمنه يكون
مشروعا ويرجع عليه المالك بقيمته واعتبار جانب الشرى احق من البيع لانه يوافق الاصل بنفاذ تصرف العاقد عليه
واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الاصل ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه
توقف على اجازة المورث لنفسه فلا ينفذ باجازة غيره قوله لانه شرى من وجه والشرى لا يتوقف قيل لو كان
بيع المقايضة شرى من وجه لما ملكه الوكيل بالبيع لما ان الوكيل بالبيع لا يملك الوكيل بالشرى لانه ضده وهو يملكه الا يرى
انه اذا وكله ببيع العبد فباع العبد بالجارية يصح خصوصا على قول ابي حنيفة رح على ما يجيء في موضعه قلت فان ابا حنيفة
يعتبر اطلاق لفظ الوكالة في غير الهبة والوكالة بالبيع باطلاقها يتناول البيع بالدين وبالعين كما يتناول البيع بالقليل
والكثير فلاجله يجري على اطلاقه قوله والشرى لا يتوقف اي ينفذ على المشتري وهذا لم ينصرف الى اخر ووجد الشرى
النفاذ ولم يسبق التوكيل من اخر فاما اذا كان الامر بخلاف هذه الاشياء المذكورة فالشرى يتوقف وينفذ على الموكل
فانه ذكر في شرح الطحاوي اذا اشترى الرجل لرجل شيئا بغير امره كان ما اشترى لنفسه اجاز الذي اشتراه او لم يجزه
وهذا الذي ذكرنا ان الشرى اذا وجد نفاذا على العاقد فانه لا يتوقف اما اذا لم يجد النفاذ على العاقد فانه يتوقف على اجازة
من اشترى له كالصبي المحجور والعبد المحجور اذا اشترى بغير امرهما فانه يتوقف على الاجازة وان اجازه جاز ويتصرف
عهدته الى ... دون العاقد وهذا اذا اضاف العقد الى نفسه واما اذا اضاف الى الذي اشتراه له نحو ان يقول للبائع بع عبدك
من فلان بكذا وقبل الاخر لاجل فلان فانه يتوقف الى اجازة ذلك الرجل واما اذا قال المشتري اشتريت هذا العبد
منك بكذا لاجل فلان فقال البائع بعت او قال البائع بعت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان وقال المشتري اشتريت
ينفذ الشرى على نفسه ولا يتوقف هذا اذا لم يسبق التوكيل من فلان والامر ولو سبق من فلان التوكيل والامر فاشترى
الوكيل نفذ للموكل وان اضاف الوكيل الشرى الى نفسه يتصرف اليه العهدة ان كان من اهل الشرى لنفسه ...
عهدته الى الموكل بشرح هذا ان قوله الشرى لا يتوقف يحتاج الى قيود ثلثة احدها انه اذا وجد الشرى نفاذا واما اذا لم يجد
فيتوقف والثاني انه اذا لم يضف العقد في طرفي البائع والمشتري الى اخر واما اذا اضافا الى اخر فيتوقف والثالث
اذا لم يسبق التوكيل من اخر في حق المشتري واما اذا سبق فالشرى ينفذ على الموكل على المشتري في الفصلين اي
فيما اذا كان الثمن دينا او عرضا فلا يجوز باجازة غيره قوله وقال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك اعلم ان
حاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق المشتري من الغاصب باطل عند محمد وزفر رح لان الاعتاق يختص بملك كامل عند
الاعتاق بالحديث ولم يوجد لان الموقوف لا يفيد الملك الا بالنفاذ ولا نفاذ مع التوقف وعند الاجازة ان يثبت الملك بطريق
الاسناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح اذا امضى المشتري من الغاصب ثم باع ثم اجاز الغاصب ثم ادى

الضمان ينفذ البيع ولو اعتق ثم ادى الضمان لا ينفذ العتق وفي المكاتب المأذون مثله لان البيع لا الاعتاق وكذا اذا ملك
الغاصب المغصوب عند اداء الضمان لا ينفذ اعتاق المشتري من الغاصب فكذا ههنا وعند ابي حنيفة وابي يوسف
موقوف على ان ينفذ على المشتري اذا ملك المشتري باجازة المالك العقد لان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع
لافادة الملك فيتوقف الاعتاق بتوقف الملك وينفذ بنفاذه لانه من حقوقه والشيء اذا ينفذ بحقوقه فاذا توقف
يتوقف بنفاذ الاعتاق حتى اذا اجاز العقد صح البيع الوارث ينفذ الاعتاق على المشتري وكاعتاق الوارث عبدا من تركة
مستغرقة بالدين فانه يتوقف وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف نفاذه حتى اذا اجاز المرتهن البيع ينفذ
الاعتاق على المشتري وكاعتاق المشتري من الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين فانه يتوقف ينفذ اذا قضى الدين بعده
بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب لم يوضع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما يثبت به ضرورة عند
اداء الضمان كيلا يجتمع في ملك واحد بدلان فلم يكن الغصب في الحال سبب الملك فيتوقف الملك ويتوقف العتق
بكماله بل هو بعرض ان يصير سببا عند اداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما لو كان في البيع خيار البائع لانه
ليس بمطلق وخيار الشرط يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا فكان الملك معدوما لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف
الاعتاق محله ولو كان للمشتري فيلغو وههنا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة ان تعمل في حق الحكم بلا تراخي والتراخي
انما يثبت ههنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق يوجب القول باظهار السبب في حقه ولهذا
يتوقف الملك لانه موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر المالك بها غير موجود في حق الاحكام التي يتضرر المالك بها
والمشتري من الغاصب اذا اعتق ثم ملك المغصوب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملكه يثبت بناء على
ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا ما يثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ لان ملك المشتري ثبت
مطلقا بسبب مطلق وهو الشرى فاحتمل العتق غير ان الاجازة بخلاف اعتاق الغاصب لانه ملك بالغصب وهو سبب
ضروري لا مطلق لما عرف فكان الملك ناقصا كملك المكاتب قوله وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع اي المشتري
من الغاصب اذا باع من اخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لان بالاجازة يثبت للبائع وهو المشتري ملك بات
فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله وهذا لان الشرى سبب مطلق موضوع لافادة الملك فاذا اجاز المالك البيع
الاول ثبت الملك للمشتري بات مطلقا لوجود السبب مطلقا فبطل الملك الموقوف الذي هو ثابت للمشتري ضرورة انه لا يجوز
اجتماع عندنا فدين في محل واحد على الكمال فاذا طرأ الملك البات ليس بمانع للملك الموقوف حتى يثبت الملك للمشتري موقوفا
اولى ان لا يكون مانعا لان البيع اسهل حالا من ... البيع او الرجوع انما يكون عند التعارض لا تعارض هنا لان الملك الموقوف لم يظهر
في حق المالك وانما ظهر في حق المتعاقدين لان البيع بينهما واذا اجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي والملك الموقوف
ظاهر في حقه لان حق الفضولي قائم فوقع التعارض بين الملكين فرجح البات على الموقوف قلت يشكل بالغاصب اذا باع المغصوب
ثم ملكه عند اداء الضمان بعد البيع فقد طرأ على الملك الموقوف ملك بات مع هذا لا يبطله قلت ملك الغاصب ليس
بات لثبوته من وجه دون وجه لانه ثبت ضروري لا مطلق فلا يظهر في موضع لا ضرورة فيه فلا يظهر في ابطال توقف البيع

والشرى موضوع لافادة الملك وهو سبب مطلق فجاز ان يظهر في ابطال الملك الموقوف لان فيه غررا اذ نفاذ هذا البيع
معلق بنفاذ الاول ونفاذ الاول معلق باجازة المالك وهو بسبيل الحفظ الاول وربما لا يجيز فاذا اجاز نفذ العقد الثاني والاول
لا ينعقد بعلو نفاذه بما فيه خطر فصح البيع الجوار بخلاف الاعتاق لانه لا يؤثر فيه الغرر ولهذا يجوز اعتاق المبيع قبل القبض وبيعه
لا يجوز لان فيه غرر الانفساخ على احتمال هلاك المبيع قبل القبض فيتبين انه باع مال الغير على انه روي عن ابي حنيفة رحمه الله
انه يوقف البيع كما يتوقف الاعتاق **قوله** فان قطعت يد العبد ولم يعتقه المشتري فاخذ ارشها واجاز المولى البيع
فالارش للمشتري لان بالاجازة ثبت الملك له من وقت الشرى فظهر ان القطع كان على ملكه فكان الارش له وهذه حجة لهما
على محمد رح **قوله** والعذر لهما ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش الا يرى ان المكاتب اذا قطعت يده واخذ
الارش ثم رد في الرق فالارش لمولاه وكذا اذا قطعت يد المشترى في يد المشتري والخيار للبائع فاجاز البائع البيع فالارش للمشتري
بخلاف الاعتاق لافتقاره الى الملك من كل وجه ولا يتصدق بما زاد على نصف الثمن لان المبيع ان لم يكن بعوض المشتري فلا يكون
في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن ولان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما
ثبت بطريق الاستناد وكان ثابتا من وجه دون وجه **قوله** فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز
المولى البيع لم يجز اتفاقا لان الاجازة لم تصادف العقد لفوات محله وهو المعقود عليه اما اذا مات فظاهر وكذا اذا قتل
لانه لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل ليجعل باقيا ببقاء البدل اذ لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل
فيتحقق الفوات لا الى بدل بخلاف البيع الصحيح فاذا باع صحيحا ثم قتل في يد البائع لا ينفسخ العقد لثبوت الملك عند القتل
فامكن ايجاب البدل له بعد المبيع قائما مقامه بدله **قوله** ومن باع عبد غيره بغير امره اعلم ان من باع عبد رجل فاراد
المشتري رده على اقرار صاحب العبد انه لم يامره ببيعه واقام بينة على اقرار البائع بذلك لا يقبل بينته لبطلان دعواه
بالتناقض اذ اقدامهما على هذا العقد دليل على ان كل واحد منهما مصحح لنفاذه اذ الظاهر من حال العاقل البالغ
المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ ثم المشتري بدعوى عدم الامر يدعي عدم الامر بعد الاقرار بالامر فكان مناقضا
فلم يصح الدعوى والبينة انما تسمع اذا ترتبت على دعوى صحيحة وهذا اشكل لما ذكر في الزيادات ان المشتري اذا اصدق
مدعيه واقر بان العبد للمستحق واجره المستحق ثم برهن على اقرار البائع بان العبد للمستحق وهو يريد الرجوع بالثمن يقبل
بينته وقد قوان العبد في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن
ان لا يكون العين سالمة للمشتري فاذا كان كذلك يصح دعوى الرجوع بالثمن في مسئلة الزيادات لوجود شرطه وفي مسئلة
الجامع الصغير لا يصح دعوى الرجوع بالثمن لعدم شرطه وقيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع الجامع
الصغير فيما اذا برهن على اقرار البائع قبل البيع واقرانه على الشرى بعد اقرار البائع قبل البيع انه للمستحق فصار مناقضا
والمناقض لا يصح دعواه ولا تسمع بينته وموضوع الزيادات فيما اذا برهن على اقرار البائع بعد البيع انه للمستحق فلا
يصير مناقضا فتقبل بينته **قوله** ومن باع دار الرجل فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح اخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح ومعنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب وكذبه

[illegible]

المشتري كذا ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير وذكر شمس الائمة السرخسي رح في المبسوط فان كان غاصب الدار
ماعها وسلمها ثم اقر بذلك وليس لرب الدار بينة واقراره في حق المشتري باطل لان المشتري صار مالكا بالشرى حيث
الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطاله ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
الاخر لانه مقر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب والغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار وذكر
محمد في كتاب الرجوع عن الشهادات انهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا للمشهود عليه مثل
ذلك قول محمد رح لان تسليطهم الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب الغير على الدار بالبيع والتسليم اليه
وقيل بل هو قولهم والفرق بين الفصلين لهما ان الضمان الواجب بالشهادة ضمان اتلاف فان اتلاف الملك على المشهود عليه
قد حصل بشهادتهم حتى لو اقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وهذا الاتلاف الملك لم يحصل
بالبيع والتسليم بل المالك على ان يثبت ملكه بالبينة الا يرى انه لو اقام البينة على انه ملكه قضي له بها فلهذا لا يكون الغاصب
ضامنا **باب السلم** لما ذكر انواع البيوع التي لا يشترط في المجلس قبض العوضين
او احدهما ذكر منها النوعان انه يشترط في المجلس قبض احد العوضين وهو السلم والثاني يشترط فيه قبض العوضين
جميعا وهو الصرف وشرع في بيانهما ثم قدم العقد الذي يشترط فيه قبض احد العوضين على العقد الذي يشترط فيه قبض
العوضين لما ان الترقي انما يكون من الاقل الى الاكثر دون العكس فان الواحد قبل الاثنين والمفرد قبل المركب اعلم ان السلم
اخذ عاجل باجل اختص بهذا الاسم لاختصاصه بحكم يدل الاسم عليه وهو تعجيل احد البدلين وتاجيل الاخر وقيل السلم
والسلف بمعنى وسمي بهذا العقد به تعجيلا على وقته فان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم انما
يكون عادة بالبيع موجود في ملكه فليكون العقد معجلا على وقته سمي سلما وسلفا وهي مشروع بالكتاب والسنة والاجماع
والقياس يابى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم لا يصح وبيع
المعدوم احق لكنا تركناه بما ذكرنا ويصح بلفظ البيع بان يقول اشتريت منك كر بر صفته كذا بكذا الى كذا على ان يوفيه
في مكان كذا وقال زفر رح لا يصح لانه عقد خاص فيختص بلفظ خاص بخلاف القياس فلا يعدل عنه ولنا ان كل واحد منهما
تمليك مال بمال والبيع اسم جنس واصيب به كما يصاب زيد باسم جنسه فالحاصل ان شرائط جواز السلم سبعة
عشر ستة في راس المال احدها بيان الجنس انه دراهم او دنانير او غيره والثاني بيان النوع انه دراهم غطريفية او عدلية نقدهم
او دنانير محمودية او مصرية وهذا اذا كان في البلد نقود مختلفة واما اذا كان في البلد واحد فذكر الجنس كاف والثالث
بيان الصفة انه جيد او ردي او وسط والرابع اعلام راس المال على ما يجيء والخامس كون الدراهم والدنانير منتقدة
من شروط الجواز عند ابي حنيفة انضاما اعلام القدر والسادس تعجيل راس المال ثم قبضه قبل الافتراق العاقدين
لما ياتي ثم واما الشرط الاحد عشر في المسلم فيه احدها بيان جنس المسلم حنطة او شعير والثاني بيان نوعه حنطة سقية بيانه
او بخسية او جبلية او سهلية والثالث بيان الصفة حنطة جيدة او ردية او وسطة والرابع قدر المسلم فيه
انه كرا او قفيز بكيل معروف عند الناس والخامس ان لا يشمل البدلين احد وصفي علة الربوا كاسلام الحنطة في الشعير

او السوى الهروى في الهروى لانه يتضمن ربوا النسا وهو حرام والسادس ان يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين حتى
لا يجوز في الدراهم والدنانير والتبر هل يجوز فيه السلم فعلى قياس رواية الصرف لا يجوز لانه الحقه بالمضروب وعلى
قياس رواية كتاب الشركة يجوز لانه الحقه بالعروض السابع الاجل في السلم فهو شرط الجواز عندنا على ما يجى والثامن
ان يكون العقد باتا ليس فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما حتى لو شرط الخيار فسد عقد السلم ولو ابطل الخيار قبل التفرق
صار جائزا عندنا خلافا لزفر رحه ولو كان راس المال هالكا لا ينقلب الى الجواز بالاجماع وخيار الرؤية في راس المال وخيار
العيب لا يفسد السلم لانه لا يمنع ثبوت الملك والحادي عشر بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة والحادي عشران يكون
المسلم فيه مما ينضبط بالوصف وهو ان يكون من الاجناس الاربعة المكيل الموزون المذروع والمعدود المتقارب
وحكم السلم هو ثبوت الملك لرب السلم في المسلم فيه مؤجلا بمقابلة ثبوت الملك في راس المال المعين او الموصوف معجلا
للمسلم اليه ثم البيع والسلم يختلفان في بعض الاحكام منها الاستبدال قبل القبض لا يجوز والاستبدال بالثمن جائز اذا
كان دينا لان قبض راس المال شرط وبالاستبدال يفوت القبض حقيقة من حيث المعنى واما قبض الثمن ليس بشرط والبدل
يقوم مقامه والاستبدال بالسلم فيه لا يجوز قبل القبض لان الاستبدال بالمبيع الخ لان المسلم فيه مبيع وان كان دينا لكون
بيع المنقول قبل القبض وانه لا يجوز بخلاف سائر الديون فانه ليس بمبيع واما الاستبدال براس المال بعد الاقالة او بعد
انفساخ السلم باي طريق كان لا يجوز في قول علمائنا استحسانا والقياس ان يجوز وهو قول زفر سواء كان راس المال
عينا او دينا واجمعوا على ان الاستبدال ببدل الصرف بعد الاقالة قبل القبض جائز واجمعوا ان قبض راس المال حال الاقالة
في رب السلم في مجلس الاقالة ليس بشرط لصحة الاقالة وفي الصرف شرط لصحة الاقالة واجمعوا السلم اذا كان فاسدا في الاصل
فلا باس بالاستبدال فيه قبل القبض ولا يكون حكم السلم كسائر الديون ومنها ان المسلم فيه اذا ابرا رب السلم عن راس المال
لا يصح بدون قبول رب السلم فاذا قبل يصح الابراء ويبطل السلم لانه فات قبض راس المال لانه لا يتصور قبضه حتى صحة
الابراء ولو رده او لم يقبله بقي عقد السلم صحيحا ولو ابرا عن ثمن المبيع صح من غير القبول الا انه يرتد بالرد والفرق
ان قبض راس المال في المجلس شرط صحة عقد السلم ولو صح الابراء من غير قبول الاخر لانفسخ السلم من غير رضا صاحبه
وهذا لا يجوز بخلاف الثمن لان قبضه ليس بشرط ولو ابرا عن المسلم فيه جاز لان قبضه ليس بشرط وهو دين فيملك ذلك
ولو ابرا عن المبيع لا يصح لان الابراء عن الاعيان لا يصح **قوله** اخذ السلف المضمون اى السلم الواجب في الذمة
قوله مضمون صفة معبرة لا مميزة فكان هو لسان الحقيقة لان السلم فيه حق دينا مسلما البتة لا محالة فكان هو
التعريف للتمييز كما قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا وقوله تعالى وما من دابة في الارض ولا طائر يطير
بجناحيه وقوله عليه السلام ما العقد فلا اولى لرجل ذكر **قوله** وهو جائز في المكيلات والموزونات الاصل
في ذلك قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم **قوله** وفي المعدودات التي
لا يتفاوت كالجوز والبيض لان المتقارب هو ما لا يتفاوت احاده في القيمة وبضمن المثل معلوم مضبوط الوصف معلوم
التسليم فيصح السلم فيه عددا او الصغار والكبار فيه سواء لان هذا التفاوت ساقط الاعتبار فيما بين الناس والسلم

بين المشترين لانما يجري لحقهم فاذا اهدروا التفاوت صار وجوده وعدمه سواء واذا سقط اعتبار التفاوت صار من
ذوات الامثال بخلاف البطيخ او الرمان لتفاوت احاده وتفاوتا فاحشا فانك ترى بطيخا بفلس وبطيخا بعشرين وترى
جوزة بفلس وجوزة بفلس ويتفاوت الاحاد في القيمة يعرف الحد ذي المتفاوت فلهذا لا يصح المسلم فيه عددا **قوله**
وقال زفر لا يجوز كيلا لانه عددي لا يكيل فلا يصح كيلا وهذا لانه لا نص في الكيل والوزن ويعتبر العرف وهو بالعدد
وعن زفر رحه انه لا يصح عددا ايضا لانه يفضي الى النزاع عند التسليم والتسلم بسبب التفاوت فصار كالسفرجل
والقثاء قلنا المقدار يعرف بالكيل مرة وبالعدد اخرى فيقطع المنازعة بينهما بذكر الكيل او العدد **قوله** وكذا
في الفلوس عددا اى يصح السلم فيه عددا خلافا لمحمد لانه ثمن ما دام رائجا والمسلم فيه مبيع فما دام هو ثمن لا يصح
ان يكون مسلما فيه كالنقدين وبعد الكساد قطعة صفر يوزن فلا يصح السلم فيه عددا ولهما ان الثمنية عارضة
باصطلاح الناس والعاقدان اعرضا عن هذا الاصطلاح حين عقد السلم فيه وما اعرضا عن الاصطلاح على كونه عدديا
وليس من ضرورة خروجه عن الثمنية في حقهما خروجه عن ان يكون عدديا فالجوز والبيض **قوله** وقال الشافعي
يجوز السلم في الحيوانات للاخبار والاثار فانه روي انه صلى الله عليه وسلم امر بتجهيز جيش ابن ابي اجل وروى ابن عمر
استقرض بكرا فقضاه رباعيا السلم ورب الحيوان من الاستقراض واذا جاز الاستقراض الحيوان بهذا الحديث
جواز السلم بالطريق الاولى ولانه يصير معلوما ببيان الجنس نحو الابل والسن نحو الجذع نحو الثني والنوع العربي والصفة
نحو السمين والهزال ثم يترك كل شيء على اقل الدرجات الجهالة القليلة بعد ذلك لا تمنع صحة السلم كما في الثياب ولنا انه
اسلم في مجهول فلا يصح كما في الجواهر الكبار وهذا لانه بعد ذكر ما ذكره الخصم يبقى تفاوت عظيم في المالية باعتبار معاني
اخر كالصباحة والملاحة والفصاحة والخلق الحسن والذهن والكياسة وحسن السير والمطيع والدواب فانك
ترى عبدين او امتين متساويين في الاوصاف المشروطة ومع ذلك يساوي احدهما الوفا والاخر الفا قال الشاعر ولم ار
فردا بعد الالف زائدا والف يراهم لا يساوي واحدا وهذه معاني لا تنضبط بالوصف فتبقى جهالة فاحشة مفضية
الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ولا يلزم الثياب لانها خصت عن القياس بالنص وابن عباس رضي الله عنهما
فانهما اجازا السلم في الثياب وورود الاثر بمدة لا يكون ورود الفنا لان الثياب مصنوع العباد والعبد انما يصنع بالة
فاذا اتحد الصانع والالة يتحد المصنوع والتفاوت اليسير بعده لا تعتبر كالتفاوت بين الجيد والجيد في البر فاما
الحيوان فيصنع الله تعالى كيف وقد صح عن ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان ويدخل
فيه جميع اجناسه حتى العصافير قال قلت السلم في الحيوان انما لا يصح لتفاوت يعتبر الناس فيه والتفاوت
في العصافير غير معتبر بينهم فينبغي ان يصح السلم فيها قلت الحكم في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى النص
لا يفصل بين حيوان وحيوان **قوله** او هو عددي متفاوت لا مقدر لهما فان التفاوت بين راس وراس وكراع
معتبر فيما بين الناس ويماكسون لاجله ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه **قوله** الاكارع يعني بالجهاد في المغرب
الكراع ما دون الركبة من الدواب وجمعها الاكارع **قوله** ولا في الجلود عددا اى في جلود الابل والبقر والغنم

وقال مالك فانه يجوز لانه مقدور التسليم معلوم المقدار بالوزن والصفة بالذكر ولكنا نقول الجلود لا توزن عادة
ولكنها تباع عددا وفي عدديته متفاوتة فيها الصغار والكبار فلا يجوز السلم فيها والحاصل ان هذا مبني على السلم
في الحيوان وقد بينا انه لا يجوز فكذا في اطرافه ولهذا لا يجوز في بيع كارع والرؤس قوله ولا في الرطبة
جزرا جمع الجزرة بتقديم الراء المهملة على الزاء المعجمة وهي القبضة من القت في بعض النسخ بكسر الجيم وزاي
جمع جزة وهي حزمة من الرطبة قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا الى آخره اعلم ان هذه
المسئلة على وجوه ان كان المسلم فيه موجودا عند العقد منقطعا عن ايدي الناس عند حلول الاجل لا يصح
اتفاقا وان كان منقطعا وقت العقد موجودا في ايدي الناس عند المحل او كان موجودا عند العقد
وعند المحل منقطعا فيما بينهما لا يصح عندنا خلافا للشافعي رح وان كان موجودا من وقت العقد الى
وقت المحل يصح اتفاقا له ان القدرة على التسليم انما تشترط حال وجوب التسليم والمسلم فيه مقدور التسليم
عند وجوبه وهو زمان حلول الاجل فيصح العقد كما لو كان موجودا من وقت العقد الى وقت المحل ولنا قوله عليه السلام
لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها والحديث دل على ان الوجود معتبر من وقت العقد الى وقت المحل
لانه اسلم في غير المقدور التسليم فلا يصح وهذا لانه معدوم حال العقد والمعدوم لا يقدر على التسليم وانما
يصير مقدور التسليم بالوجود وهو موهوم وبالموهوم لا يثبت القدرة على التسليم نعم القدرة على التسليم
تشترط حال وجوبه ولكنه كل وقت بعد العقد يجوز ان يكون حال وجوبه لاحتمال ان يموت المسلم اليه فيحل الاجل
قوله وان كان المسلم فيه موجودا من وقت العقد الى المحل فلم ياخذه بعد المحل حتى انقطع عن ايدي الناس
خير رب السلم بين ان يفسخ وياخذ راس المال وبين ان ينتظر وجوده فياخذ ما اسلم فيه وقال زفر رح بطل العقد
ويسترد راس المال للعجز عن تسليمه فصار كما لو هلك المبيع في بيع العين قبل التسليم ولنا ان السلم قد صح وتعذر
تسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيخير العاقد فيه كما لو ابق المبيع قبل القبض وبه فارق هلاك المبيع
والمعقود عليه غير ما اصلا وحد الانقطاع ان لا يوجد في سوق يباع فيه وان كان يوجد في البيوت قوله
وعن ابي حنيفة رض انه لا يجوز يعني السلم في السمك لا يجوز بحال عنده لانه لحم فصار كالسلم في اللحم قوله
وقالا اذا وصف من اللحم الى آخره يعني جاز السلم في اللحم ان بين جنسه ونوعه وسنه وصفته وموضعه وقدره
كشاة خصي ثني سمين من الجنب مائة من لانه موزون عادة معلوم ببيان هذه الاشياء ولهذا يضمن بالمثل
في ضمان العدوان ويصح استقراضه وزنا والاستقراض لا يصح الا في المثليات فكان منضبطا فصح السلم فيه
كما في الالية والشحم بخلاف لحم الطيور لانه لا يقدر على وصف موضع منه ولابي حنيفة ان اللحم يشتمل على العظم
ويكثر عند صغر فكان المسلم فيه مجهولا وهذا التعليل يقتضي صحة السلم اذا كان منزوع العظم ولان اللحم يتفاوت
بتفاوت السمن والهزال ويختلف باختلاف فصول السنة فانه قد يكون سمينا في الشتاء نحيفا في الصيف وهذه
جهالة مفضية الى النزاع وهذا التعليل يقتضي ان لا يصح السلم فيه وان كان منزوع العظم وهو الاصح لجواز

ان يكون معلوم التعلمين وعدم احدهما لا يدل على الجواز والتضمين بالمثل ممنوع فان اللحم من ذوات القيم في رواية ممنوع
الحامل والاستقراض وزنا ممنوع ايضا ولئن سلم فالمثل اعدل من القيمة لانه مماثل صورة ومعنى والقيمة لا تماثله صورة
والموجب الاصلي رد العين فيهما والمثل اقرب الى العين فكان اعدل منهما ولان القبض محسوس معاين في العرض فامكن
اعتبار المقبوض ثانيا بالاول والسلم يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا يعرف الموجود عند المحل
قوله ولا يجوز السلم الا موجلا اعلم انه لا يصح السلم الا باجل معلوم لما روينا ولان جهالته تفضي الى النزاع
واقل الاجل شهر في الاصح وعليه الفتوى لان من حلف ليقضين حقه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر واذا كان
ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الآجل وقيل ثلثة ايام كالاجل في شرط الخيار وقيل اكثر من
نصف يوم لان المعجل ما قبض في المجلس والموجل ما لم يقبض فيه ولا يبقى المجلس بينهما اكثر من نصف يوم عادة
قوله وقال الشافعي رح يجوز اي السلم حالا وموجلا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص في السلم مطلقا فاشتراط التاجيل فيه زيادة على النص ولانه بيع ما في الذمة فيصح حالا كبيع
العين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم الحديث وقال صاحب الاسرار بعد فظاهره يحرم السلم على
من زاد الا بهذه الاوصاف كمن قال من دخل الدار فليدخل غاض البصر ومن كلمني فليتكلم بالصواب فيعقد المطلق
في حديث الرخصة بهذا وفيه اشكال لانه يقتضي انحصار ما جاز من السلم في المذكور في الحديث وان السلم صح
في المذروع والمعدود فكان الحديث ساكتا عن بيان السلم الحال وما رواه مطلق فيصرف على ان يقال الاصل عدم جواز
السلم لكونه بيع ما ليس عند الانسان وما ورد النص بجوازه الا موجلا فلا يصح الا موجلا وما رواه حكاية حال فلا عموم له
وقد ورد به السلم الموجل اجماعا فلم يرد غيره كيلا يعم ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط صحة العقد فما به
سبب القدرة وهو الاجل الذي به يتمكن تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا لان السلم عقد المفاليس لا تخرجه
عن البيع ما وفر الاثمان او كسبها الا المفلس وانما شرع رخصة دفعا لحاجتهم والرخصة ما استبيح بعذر مع
قيام المحرم وهو العجز عن تسليمه ولم يوجد المرخص فبقي على الاصل وهو عدم الجواز قوله ولا يجوز السلم
بمكيال رجل بعينه الى آخره بناء على ان القدرة على التسليم وقت وجوبه شرط وذا لا يتحقق الا ببقاء ما عينه
من المكيال والذراع الى وقت المحل وبقاؤه موهوم فربما يضيع قبله فيفضي الى النزاع بخلاف العين فانه يصح
لما مر قوله ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها بناء على ان القدرة على التسليم عند وجوبه شرط صحة
العقد ولا قدرة الا بوجود المسلم فيه ووجوده موهوم فربما تعتريه آفة فيعجز عن التسليم واحتمال الفساد
في هذا العقد ملحق بحقيقة الفساد اليه اشار النبي عليه السلام بقوله ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم
مال اخيه حين سئل عن السلم في ثمر حائط بعينه قوله ولو كان نسبة الثمرة الى قرية لبيان الصفة لا لتعيين
المكان كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة يصح لانه ذكره لبيان الجودة قوله والاصل فيه ما روينا من
اسلم منكم فليسلم الحديث قوله والفقه ما بينا وهذا لانه اذا لم يبين هذه الاشياء يقع المنازعة

المانعة في التسليم والتسلم من رب السلم والمسلم اليه لان المسلم فيه يختلف باختلاف الجنس والنوع والصفة والقدر
فربما يعطي المسلم اليه جنسا او نوعا او قدرا غير ما يطالبه رب السلم وليس الرجوع الى قول احدهما احق من الاخر
لان كل واحد يحتج بمطلق الاسم فلا بد من بيان هذه الاشياء ليقطع المنازعة **قوله** ومعرفة مقدار راس المال
وان كان يشارا اليه فيما يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وقال ابو يوسف ومحمد لا يشترط معرفة
القدر بعد التعيين بالاشارة حتى لو قال لغيره اسلمت اليك هذه الدراهم في كر بر ولم يدر وزن الدراهم او قال اسلمت
اليك هذا البر في كذا منا من الزعفران ولم يدر قدر البر لا يصح عنده وعندهما يصح واجمعوا ان راس المال لو كان
ثوبا او حيوانا يصير معلوما بالاشارة فكان قوله فيما يتعلق العقد على مقداره احترازا عما كان راس المال ثوبا وحيوانا
فان العقد لا يتعلق على مقدار ذرعانه فانه لو اشترى على انه عشرة اذرع فلو وجده اكثر يسلم له الزيادة ولو كان انقص
لا يحط شي من الثمن اذا كان الذرع في الثوب بمنزلة الصفة فالمسلم فيه لا ينقسم على عدد ذرعان الثوب فلا يشترط
اعلامه في راس المال وكذا لو كان راس المال حيوانا او عدديا متفاوتا كالروس والاكارع والجلود يصير معلوما بالاشارة
ولا يحتاج الى اعلام قدره في صحة كونه راس مال السلم اجماعا ولابي يوسف ومحمد ان المقصود هو الاعلام يحصل القدرة
على التسليم ويقطع النزاع وذا حاصل بالاشارة الى العين لانها ابلغ اسباب التعريف فلا يشترط اعلام القدر كما في
الثمن والاجرة فانه لا يشترط اعلام ذرعان الثوب اذا كان راس المال اجماعا والذرع في المحدود وعان بلا اعلام كالعدد في المعدودات
ولابي حنيفة ان جهالة قدر راس المال يفضي الى جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق راس المال شيئا فشيئا فربما يجد بعضه زيوفا
لان الدراهم لا يخلو عنه فيرده ولا يستبدل في مجلس الرد وقد اتفق ما عداه فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن راس المال
معلوما لم يدر في كم ينقص السلم وفي كم بقي واذا كان قدر راس المال معلوما بوزن المردود فيعلم به في كم انتقض العقد وما
يفضي الى جهالة المسلم فيه يجب الاحتراز عنه وان كان موهوما ولانه ربما ينفسخ العقد لعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج
الى رد راس المال والظاهر انه لا يكون باقيا فلا يدري كم يرد فيفضي الى المنازعة او الى الربوا ولا يقال هذا موهوم والموهومات
لا تعتبر لان الموهوم في هذا العقد كالمحقق لانه شرع مع المنافي لكونه بيع المعدوم وشرط جواز البيع وجود المبيع الا يرى
انه عليه السلم كيف اعتبر الهلاك الموهوم في ثمر حائط بعينه بخلاف ما لو كان راس المال ثوبا لان الذرع صفة لا يتعلق العقد
على مقداره واعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على انه عشرة فوجده احد عشر سلم له الزيادة
ولو وجده تسعة لا يحط عنه شي من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه لان الاوصاف لا يقابلها شي
فجهالة قدر الذرعان لا يودي الى جهالة المسلم فيه وبقضاء المسلم فيه بمقابلة المقدورات فيودي الى جهالة المسلم فيه فيفسد
العقد فان قلت في هذا اعتبار شبهة شبهة الشبهة او اكثر وذلك لان وجود بعض راس المال زيوفا فيه شبهة واحتمال
لانه يحتمل ان لا يجد زيفا ولو الظاهر بعد الوجود الرد محتمل وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد محتمل فالمعتبر
هو شبهة الشبهة دون النازل عنها قلت هذه شبهة واحدة لان كلا منهما ابتنى على وجوده زيفا فكان شبهة واحدة
معتبر **قوله** ومن فروعه اي من فروع الاختلاف في معرفة مقدار راس المال **قوله** اذا اسلم في جنسين يعني

اسلم مائة درهم في كر بر وكر شعير ولم يبين راس مال كل واحد منهما لا يصح لان اعلام قدر راس المال شرط فينقسم المائة على البر
والشعير باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فلا يكون قدر راس مال كل واحد منهما معلوما حتى لو كانا من جنس واحد يصح
لان راس المال ينقسم عليهما على السواء **قوله** او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما فان اسلم دراهم ودنانير في كر بر
وقد علم وزن احدهما ولم يعلم وزن الاخر لا يصح عنده لان اعلام قدر راس المال شرط عنده فاذا لم يعلم احدهما بطل العقد
في حصته فيبطل في حصة الاخر لجهالة حصة الاخر والاتحاد الصفقة **قوله** ولهما في المسئلة اي في اشتراط بيان مكان
الايفاء فيما له حمل ومؤنة كالبر ونحوه فان عندهما ليس بشرط لكن لو شرطاه صح وان لم يشرطاه تعين مكان العقد للتسليم
لان التسليم وجب بالعقد فيتعين مكان العقد للتسليم كما في البيع ولانه لا يزاحمه مكان اخر فيتعين ضرورة كاول الاوقات
المكان في الاوامر المطلقة على قول الكرخي وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة ان تعين مكان العقد اما بالتعاقد صريحا
ولم يوجد او ضرورة وجوب التسليم عليه في الحال كما في القرض والغصب ولم يوجد اذ السلم لا يصح الا موجلا فلا يتعين مكان
العقد للايفاء فاذا لم يتعين ولم يعينا مكانا اخر بقي مكان الايفاء مجهولا وجهالته تفضي الى النزاع لجهالة الصفة
لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فيما له حمل ومؤنة كما تختلف باختلاف الصفة وعن هذا قيل ان الاختلاف
في مكان الايفاء يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة وقيل على عكسه اي لا يتعين المكان فيفسد العقد عندهما لا يحتاج
الى ذكره فكان اختلافا في موجب العقد فصار كاختلافهما في الثمن وراس المال عنده يفسد الشرط حتى احتاج الى ذكره
فكان كالاختلاف في شرط الخيار والاجل **قوله** وعلى هذا الخلاف الثمن بان باع عبدا حاضرا بثمن موصوف في الذمة
الى اجل يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين مكان العقد **قوله** والاجرة بان استاجر دارا او دابة
بما له حمل ومؤنة دينا في الذمة عنده يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين موضع الدار للايفاء وموضع تسليم
الدابة لا موضع العقد **قوله** والقسمة بان اقتسما دارا او شرط على صاحبه شيئا له حمل ومؤنة لزيادة
عن بناء في نصيبه فعنده يشترط بيان مكان الايفاء لصحة القسمة في الصحيح وعندهما يتعين مكان القسمة
للايفاء **قوله** وما لم يكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور لا يحتاج فيه الى تعيين بيان مكان الايفاء عندهم لانه
لا يختلف قيمته باختلاف المكان وذكر في الجامع وبيوع الاصل انه يتعين مكان العقد للايفاء وذكر في الاجارات انه
لا يتعين ويوفيه في اي موضع كان وهو الاصح لاستواء الاماكن كلها ولا يجب في الحال التعين ضرورة باعتباره
ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لان الشرط الذي لا يفيد لا يعتبر وقيل يتعين لانه يفيد خطر الطريق عن رب السلم **قوله**
ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل افتراقهما بالابدان وهو شرط بقاء العقد على الصحة وسواء كان راس المال
مما يتعين كالنقود او مما يتعين كالعروض اما اذا كان من النقود يكون افتراقا عن دين بدين لانه صلى الله عليه السلم
نهى عن الكالي بالكالي اي النسيئة بالنسيئة واما اذا كان من العروض فلان السلم اخذ عاجل باجل والمسلم فيه اجل فوجب
ان يكون راس المال عاجلا ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الصرف والكفالة والحوالة ولانه لا بد من تسليم
راس المال الى المسلم اليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه وقال مالك رح قبض راس المال يوما او يومين جائز

لانه يعد عيبا عرفا وعن هذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه شرط الخيار لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض اذ القبض
انما يتم اذا كان بناء على الملك وخيار الشرط يمنع الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق
قبل تمامه مبطل للعقد وكذا خيار الرؤية لانه لا يفيد فائدته الرد والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا
كما كان ولان اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة فقام ذكر الوصف على الاستقصاء في المسلم فيه مقام
الرؤية في بيع العين بخلاف خيار العيب لانه يمنع تمام الملك فلا يمنع تمام القبض قوله ولو اسقط خيار الشرط
قبل الافتراق اذا كان راس المال قائما في يد المسلم اليه بعد اسقاط الخيار وان انفق حتى صار دينا عليه لم يصح العقد
باسقاط الخيار لان ابتداء العقد براس مال هو دين لا يصح فكذا اتمامه باسقاط الخيار وقال زفر لا يصح العقد باسقاط
الخيار ومر في باب البيع الفاسد قوله وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام قدر راس المال في المكيل والموزون والمعدود
والتعجيل واعلام المسلم فيه جنسا ونوعا وقدرا وصفة والاجل وبيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة والقدرة على
التحصيل قوله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين
باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه قوله ولا يشيع الفساد وهذا لانه اذا اطلق
العقد ولم يصف المائتين الى دراهم بعينها بان قال اسلمت اليك مائتي درهم في كر بر بعد مائة وجعل المائة اخرى قصاصا
بدين كان له عليه قبل عقد السلم فظاهره ان الفساد طارئ اذ السلم صح ونفذ ابتداء الخلو عن الشرائط المفسدة اذ
قبض راس المال شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاده صحيحا اذ العقد لازم قبل قبض راس المال مادام في
المجلس ولهذا لو انعقدا المائتين قبل الافتراق صح وانما يفسد بعض السلم بعده بسبب طارئ وهو الافتراق عن قبض
حيث لم يقبض المائة وجعلها قصاصا بما عليه والفساد الطارئ لا يشيع عند الكل كما لو باع عبدين وهلك احدهما
قبل التسليم بخلاف ما لو جمع بين حر وعبد لان الفساد مقارن فيشيع في الكل واما اذا قيد بان قال اسلمت اليك
هذه المائة والمائة التي لي عليك في كر بر فكذلك لان النقود لا تتعين في العقود دينا كانت او عينا حتى لو باع عينا
بدين ثم تصادقا ان لا دين لم يبطل البيع فكان التقييد وعدمه سواء فلا يتحقق الفساد فلا يشيع ثم المقاصة بالدين فاحتمل العقد صحيحا بخلاف
ما لو باع عبدا بدين وهما يعلمان ان لا دين حيث يبطل البيع لانه بيع بلا ثمن ولا نقول لو قال اسلمت اليك هذه المائة
والمائة التي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد مائة لان اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وهذا
فساد مقارن للعقد فاوجب فساد الكل ولم يشترط تسليم الثمن على غير العاقد هنا ولو قال اسلمت اليك هذه العشرة
الدراهم الحسنة والعشرة الزيوف التي لي عليك في كر بر بطل في الكل اما في حصة الدنانير فبالاجماع لعدم النقد
في المجلس واما في حصة الدراهم فعند ابي حنيفة للجهالة وهي مسئلة اعلام قدر راس المال قوله ولا يجوز الشركة
والتولية في المسلم فيه قبل القبض لان التصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز والمسلم فيه مبيع وراس المال احد شطريها
بالمبيع ولان فيه تفويت القبض للمستحق بالعقد والشركة ان يشارك اخر فيه قوله فان تقايلا السلم اي لو اسلم
رجل الى اجل عشرة دراهم في كر بر ثم تقايلا السلم فاراد رب السلم ان يشتري براس المال شيئا قبل القبض لم يجز

استحسانا وعند زفر والشافعي رح يجوز قياسا لانه لما بطل السلم بقي راس المال دينا في ذمته فيصح الاستبدال به
كسائر الديون ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي الا سلمك حال قيام العقد او راس مالك حال
انفساخه اذ لا يملك اخذه حال قيامه فقد جعل حق رب السلم احد المسلم فيه قبل الاقالة واحد راس المال بعدها
ثم قبل الاقالة لا يصح الاستبدال بالمسلم فيه كيلا يصير قابضا غير حقه فكذا بعدها براس المال ولان راس المال احد
شبهيها المبيع فلم يجز التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة في حق غير العاقدين بيع جديد ولا بد للبيع من المبيع ولا
يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه بالاقالة فيكون راس المال مبيعا ولا يجوز التصرف في المبيع قبل القبض او نقول
لا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لانه دين يسقط والمسلم فيه الدين وجانب راس المال يحتمله فجعل راس المال مبيعا
لانه دين يشبه مثله فالعبرة في حقه حكم ابتداء السلم فيحرم الاستبدال براس المال ضرورة ولا يلزم ان لا يجب قبضه في
المجلس لان قبض راس المال وجب كالمسلم فيه لانه لما وجب ان يكون دينا وجب جبره بقبض ما يقابله ولما وجب باجله
وجب تعجيل الاخر حذرا عنه ولما لم يثبت حكم الابتداء في جانب المسلم فيه لم يثبت فيما يخلفه وهو يحمل قبض راس المال قوله
فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز والاصل فيه نهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع
المشتري ويحمل الحديث اجتماع الصفقتين بشرط الكيل فقد اجتمع هنا صفقتان بشرط الكيل لما امر المسلم اليه
رب السلم ان ياخذ لكن الكر من البائع اقتضاء لحقه وصفقة جرت بين المسلم اليه وبين رب السلم فلا بد من الكيل مرتين
مرة صفقة بين المسلم اليه وبائعه ومرة لصفقة بين المسلم اليه ورب السلم فان قلت بيع المسلم اليه مع رب السلم
سابق على شرى المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بائعا بعد الشرى فلا يدخل تحت النهي قلت السلم وان كان
سابقا فقبض المسلم فيه لاحق وللقبض في باب السلم حكم عقد جديد فكانه حدد ذلك العقد على المقبوض فيتحقق البيع
بعد الشرى وهذا لان العقد ساول دينا في ذمته والمقبوض عين والعين غير الدين حقيقة وان جعل المقبوض عين
ما ساوله العقد في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال اذ لو جعل غيره لكان استبدالا بالمسلم فيه وهو حرام واما
فيما وراء فهو غيره حقيقة فصار بائعا ما اشترى مكايلة قبل الكيل فيبطل بخلاف القرض لانه اعارة حتى ينعقد بلفظها
فكان المقبوض عين حقه تقديرا ولا يلزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة فلم يتحقق الصفقتان بشرط الكيل فيجب كيل
واحد للمشتري على الوكالة قوله ولو كانت الحنطة مشتراة اعلم ان حكم البيع في هذا بخلاف السلم فانه
لو اشترى من اخر حنطة معينة وامره ان يكيلها في ظرف المشتري ففعل والمشتري غائب فهو قبض لان الامر صحيح
لانه صادف ملكه لان الامر انه ملك العين بالبيع ولما صح الامر صار البائع وكيلا عنه في امساك الظرف وصار الظرف في يد
المشتري حكما فصار الواقع فيه واقعا في يد المشتري حكما ولو امر المشتري البائع بالطحن فطحن كان الدقيق للمشتري
وفي السلم للمسلم اليه لان امره بالطحن لم يصح في السلم لانه لاقى ملك المسلم اليه فصار الحال بعد الامر كالحال قبله وفي
الشراء صح الامر لانه لاقى ملك المشتري فان قلت في فصل المشتري ينبغي ان لا يصح الامر ايضا في حق ثبوت القبض لان
البائع لا يصلح وكيلا عن المشتري في القبض حتى لو وكله بالقبض نصا لم يصح قلت امره بالطحن لا بالقبض وانما يثبت القبض

حكما وجاز ان يثبت الشي حكما وان كان لا يثبت قصدا **قوله** ولهذا اكتفى بذلك الكيل في الشرى في الصحيح لانه ثابت
عنده في الكيل البعض اي حصل ما لو وقع في غرائر المشتري **قوله** لانه استعار غرائره ويحتمل المشتري صار مستعيرا
طرف البائع ولم يقبض لان صحة العارية لانها تبرع فلا تتم بلا قبض فلا يصير الواقع فيه واقعا في يد المشتري **قوله**
اما الحنطة فلصحة الامر فيه واما الدين فلانه خلطه بماله وبمثله يصير قابضا كمن استقرض اخر كذا من طعام وامره
ان يزرع في ارضه صح وصار رب الارض قابضا لاتصاله بملكه وكمن دفع دينارا الى الصائغ وامره ان يزيد من عنده
نصف دينار ويتخذه خاتما فزاد صح وصار مقرضا وصار الامر قابضا لاتصاله بملكه فان قلت اليس ان الصباغ اذا
صبغ الثوب لا يصير المستاجر وهو رب الثوب قابضا باعتبار هذا الاتصال فلم صار قابضا هنا باعتباره قلت المعقود
عليه ثم الفعل وهو الصبغ لا العين وهو الصبغ والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال عن محله فلم
يتصل المعقود عليه بالثوب فلم يصر به قابضا **قوله** واما الحنطة فلانه خلطه بملكه قبل التسليم الى المشتري
فصار مستهلكا فينفسخ البيع فان قلت الخلط حصل باذن المشتري فينبغي ان لا ينفسخ قلنا جاز ان يكون مراده
البداية بالحنطة قلت بان الخلط حصل باذن المشتري وعندهما ان شاء المشتري شاركه في المخلوط وان شاء
نقض البيع لان الخلط ليس باستهلاك عندهما **قوله** ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد قيام العقد لانها
فسخ العقد وفسخه بدونه لا يكون وقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه لانه وان كان دينا فهو في حكم العين لانه
لم يجز الاستبدال به قبل قبضه فصحت اضافة الاقالة اليه بعد موت الامة ابتداء وبقي التقايل عليه بعد موت الامة
اذ البقاء اسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه ينفسخ في الامة وان ماتت تبعا فيجب عليه ردها وهو عاجز
عن ردها لموتها فيجب عليه رد قيمتها **قوله** لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة اذ الظاهر ان المسلم فيه مع رداءته
اربى يربو على راس المال وكلام المتعنت هو من ينكر ما ينفعه مردود فبقي قول صاحبه بلا معارض **قوله** وعكسه
ما ان ادعى رب السلم شرط الردي وانكر المسلم اليه الشرط اصلا القول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة فكان القول له الصحيح
وان انكره خصمه اذ الظاهر شاهد له لان العقد الفاسد معصية والظاهر من حال المسلم التفادي عن المعصية وعندهما
القول للمسلم اليه لانه منكر **قوله** لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل يعني ان كلام المسلم اليه خرج
مخرج التعنت لانه ينكر ما ينفعه وما حقه وهو الاجل لانه لا يترفه المسلم اليه فيعتبر الفساد عن قابله فكان باطلا فان قلت
المسلم اليه ليس بمتعنت لانه يدعي الفساد وفيه نفع بعود راس المال اليه قلت الفساد لعدم الاجل مجتهد فيه اذ الشافعي
يجوزه حالا فلا يعتبر النفع في رد راس المال بخلاف ما اذا انكر الوصف لان الفساد ثمة قطعي واذا جعل القول لرب السلم
يرجح في بيان مقدار الاجل اليه ايضا **قوله** وفي عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وانكره رب السلم فالقول للمسلم اليه عند
ابي حنيفة رح وعندهما لرب السلم لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول له وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت
لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح مطلقا فالقول لرب المال وان كان فيه فساد العقد
لانه ينكر استحقاق الربح ولو اتفقا على عقد السلم اتفاقا على شرائطه لان شرط الشيء يتبعه وثبوت الصحة ثبت الاصل فصار

فصار مستغنيا عن الصحة فان انكار الاجل بعده انكار عما اقر به فلا يعتبر كما لو اختلفا في الشهادة والاتفاق على النكاح
فان القول قول من يدعي انه كان بشهود بخلاف مسئلة المضاربة لانها ليست بلازمة لانها اذا صحت كانت شركة واذا
فسدت صارت اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فان لظاهر حالة المعادي عن الفساد فلا يدل على اختيار عقد اخر
العقد
فان كان كذلك لم يعتبر دعواهما في شيء منه ودعوى استحقاق الربح على رب المال وهو منكر فكان القول له اما السلم
فعقد لازم متحد على تقديري الصحة والفساد فكان القول لمن يدعي الصحة والحاصل ان من خرج كلامه تعنتا كان
باطلا وكان القول لصاحبه عندهما وان خرج خصومة بان ينكر ما يضره والاتفاق على عقد واحد فان ذلك في المتن **قوله**
ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا اعلم ان السلم يصح في الثياب كلها اذا اشترط ضربا معلوما وطولا وعرضا بذراع
معلوم وصفة معلومة **قوله** رقعه يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثخانته وهذا لان مقدار المالية
يصير معلوما بذكر هذه الاشياء والتفاوت بعدها غير معتبر لانه لا يفضي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم
ولا يشترط الوزن الا اذا اسلم في الحرير فانه لا بد من بيان وزنه ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن ومالا ينضبط
صفته ولا يعرف قدره لا يصح السلم فيه لانه بدون الوصف يبقى مجهولا مفضيا الى المنازعة المانعة من التسليم
والتسلم وذلك كالحيوان **قوله** كل ما امكن ضبط صفته ومعرفة قدره بناء على ان المسلم فيه دين وهو يعرف
بالوصف فاذا امكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه كوزني مثمن كمرهن ونحوه اعلم انه جاز السلم في كل ما هو من
ذوات الامثال كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والشبه والانك والحديد والرصاص والصفر والشحم والحنا
والوسمة والرياحين اليابسة وقيل لا باس بالسلم في الجذوع اذا بين النوع والطول والغلظ وكذا الساج والخشب
والقصب والغزل بين مقداره وكل ما كان موزونا مثليا ولا باس بالسلم في التبن كيلا وكيله الجوالق وقيل انه مكيل وقيل
موزون قلت المعتبر هو التعارف فيه ولا يجوز السلم في رؤوس الغنم ولا يجوز في الدراهم والدنانير لانها اثمان
لا مثمن والمسلم فيه مبيع فلا بد ان يكون مثمنا واذا لم يكن سلما يكون باطلا عند ابي زيد رح وعند الاعمش يكون بيعا
بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود العاقدين بقدر الامكان وقد قصدا المبادلة بالدراهم المؤجلة والاعتبار في العقود
للمعاني قول ابي بكر اصح لان المعقود عليه المسلم فيه وانما يصح العقد في محل اوجبا العقد فيه واذا تعذر ذلك
لا وجه لتصحيحه في محل اخر لانهما لم يوجبا العقد فيه **قوله** وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل صح استحسانا
للاجماع وصورته ان يقول للخفاف اخرز لي خفا من اديمك يوافق رجلي ويريه رجله بكذا او يقول للصائغ اصنع لي خاتما
من فضتك وبين وزنه وصفته بكذا والقياس ان لا يصح لانه لا يمكن تجويزه اجارة لانه استئجار على العمل في ملك
الاجير اذ الاديم ملك الصانع ولا بيعا لانه بيع ما ليس عنده ولا سلما لفقد شرائطه وجه الاستحسان ما روي انه صلعم
استصنع خاتما ومنبرا ولان المسلمين يتعاملون من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا بلا نكير فنزل
منزلة الاجماع وهو كدخول الحمام باجر فانه جاز استحسانا لتعامل الناس وان ابى القياس جوازه لان مقدار المكث
وما يصب من الماء مجهول وكذا لو قال للسقاء اعطني شربة ماء بفلس او احتجم باجر فانه يجوز لتعامل الناس وان لم يكن قدر

ماشرب وما يحجم من ظهره معلوما والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
وقدرا والاستصناع حسنا فكان الحاكم الشهيد رح يقول الاستصناع مواعدة وانما ينعقد بالتعاطي
اذا جاء به مفروغا عنه ولهذا يثبت الخيار لكل واحد منهما **قوله** والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة لان محمدا رح سماه
شراء وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه والمواعدة فيه يجوز قياسا واستحسانا
في الكل والمعدوم اعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا
اذ كل احد لا يجد خفا يوافق رجله او خاتما يوافق اصبعه وبيع المعدوم قد يجوز للحاجة اصله بيع المنافع ثم قال
ابو سعيد البردعي رح المعقود عليه العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل
على انه معقود عليه والاديم آلة العمل والاصح ان المعقود عليه العين المستصنع فيه ولهذا لو جاء به مفروغا عنه
لا من صنعه او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وانما يبطل بموت احدهما لان له شبها بالاجارة ابتداء حيث طلب العمل
واذا عمل الصانع فليس له ان يبيعه قبل ان يراه المستصنع لانه عين غيره صح لان العقد لم يتعين فيه قبل اختياره واذا احضره ورآه
المستصنع فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره وهذا يدل على ان المعقود عليه العين لا خيار
الرؤية انما يثبت في بيع العين ولا خيار للصانع بل يجبر على العمل لانه باع ما لم يره **قوله** وعن ابي حنيفة رض ان له
الخيار ايضا لانه لا يقدر على تسليم المعقود عليه الا بضرر فانه يحتاج الى شراء الاديم وآلات العمل وافساده بقطعه بالعمل
مما اعد ولا يقال انه وان كان ضررا لكنه رضي به لانا نقول من الجائز انه اقدم عليه بناء على عدم العمل بخيار المستصنع
فاذا علم به لا يكون راضيا به غايته ما في الباب ان هذا اعتبار الجهل في دار الاسلام لكن هذا اعتبار الجهل لدفع الرضا
لا لدفع الحكم قصدا كما قلنا في رضاع الكبيرة الصغيرة والصحيح ان للمستصنع الخيار ولا خيار للصانع **قوله**
لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما والحاصل ان البيع لما كان ذا وجهين امكن تصحيحه سلما
واستصناعا لكنهما رجحا الاستصناع اعمالا للفظ في حقيقته وحملا للتاجيل على التعجيل في المدة بخلاف ما لا تعامل
فيه لانه لا يمكن تصحيحه استصناعا فحمل على السلم ضرورة وابو حنيفة رح رجح السلم لان جوازه بالكتاب والسنة
المستفيضة واجماع الامة وجواز الاستصناع بالتعامل وفيه شبهة لان عند زفر والشافعي لا يجوز بالحديث الغريب
مسائل منثورة قوله وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لان النبي صلعم نهى عن بيع الكلب ولان الطبع
ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولان سؤره نجس فيحرم بيعه كالخنزير وعكسه الشاة وهذا لان نجاسة السؤر آية
ان نجاسة العين لانه دليل هوانه وجواز بيعه دليل عزته وهما متنافيان فلا يجتمعان ولنا ما روى ابن عباس رض
انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وعن ابن عمر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم
قضى في كلب باربعين درهما فدل ان بيعه جائز واتلافه مضمون ولانه مال متقوم الا ترى انه آلة الاصطياد فصح بيعه كالبازي
وهذا لانه ينتفع به حقيقة مباحا وتجري فيه الشح فكان مالا وابيح الانتفاع به شرعا حراسة واصطيادا فكان متقوما
بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع به وما روي محمول على ابتداء الاسلام حين كان عليه السلام يامر بقتل الكلاب قطعا لالفهم

على الفواعل مع صاحبها فلا يتركوا الا لغيه فسقطها بسبب تحليطها ونجاسة عينه ممنوع اذ يحل الانتفاع بجلده
كالسمور ولئن سلم فتحريم الاكل دون البيع **قوله** لا يسال بهذا الحكم داخل في قوله احد الحوض لاعم كلاهما ممنوع بالانزاع لكن
اصل يخرج منه المسائل فيحرز امر اد النظائر بحده **قوله** ومن قال للغيره بع عبدك من زيد بالف درهم على اني ضامن لك
ما يحتاج الثمن سوى الالف فباع فالالف على زيد والمائة على الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالالف ولا شيء
على الضامن وهذا بناء على ان الزيادة في الثمن والمثمن من العاقدين يصح عندنا ويلتحق باصل العقد وكان العقد ورد ابتداء
على الاصل والزيادة لما عرف في موضعه وعلى ان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله ولهذا لم يصح اجابته على الاجنبي
لانه لا يستفيد بازائه مالا فاما فضول الثمن فيسمى عند حنيفة يصح الزيادة من الاجنبي كما يصح من المشتري والثمن
يساوي المبيع بدون الزيادة اذ لا يسلم لهما شيء لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة حتى يجب وجوب الثمن
بواسطة المقابلة فاذا قال من الثمن فقد جعل بيانه مقابلة المبيع صورة فوجد شرطه فيصح واذا لم يقل من الثمن لم يوجد
المقابلة صورة ومعنى فلم يوجد شرطه فلا يصح وبقي التزام المال ابتداء البيع عمده من غيره وهو رشوة وهو حرام فلا
يطهر في الحسن المستعد والملحد حتى اذا ابتاع الا لغير المشتري لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرجع على الالف لا والمائة عليه
ويأخذ الشفيع بالالف لانه انما ياخذ بما يجب على المشتري وهو الالف لو ضمن الزيادة بامر المشتري ظهر فيهما للبائع ان يحبس
لا يستفاء الزيادة وياخذ الشفيع بالالف ومائة ويرجع على الف ومائة لو قبل الضامن فقط بالزيادة ورجع ان ادى لان المشتري
معه امره بالزيادة قبل المشتري صار وكيلا من جهته في حق الزيادة وحقوق العقد رجع الى الوكيل لا الى الموكل واذا ادى
رجع به على المشتري كالوكيل بالشراء اذا ادى الثمن من مال نفسه وان بنا لا ولو ردت رجع الزائد بما زاد وان زاد بعد
البيع بامره يلزم المشتري دونه لانه بمنزلة الرسول لحاجته الى الاضافة كالوكيل بالنكاح وان اضاف الى نفسه او ضمن
طولب بالضمان ورجع على الامر كالوكيل بالنكاح وان زاد بلا امره طولب لو ضمن او اضافه الى نفسه وان لم يضمن ولم يضف
توقف على اجازته **قوله** فالنكاح جائز بناء على انها صارت مملوكة بنفس الشراء والملك مطلق للتصرف وكان القياس
جواز بيعها الا انه امتنع للغرر والنكاح لا يبطله ولهذا لا يصح بيع الآبق ويصح تزويج الآبقة ولو قبض من المشتري
لانه استيلاء على المحل وقد فعل الزوج ذلك بتسليط المشتري فصار بمنزلة فعل المشتري بنفسه **قوله** ولو لم يطأها
فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا بنفس النكاح لان النكاح تعييب حكمي حتى لو اشترى امة ثم وجدها ذات زوج
له ردها فيعتبر بالعيب الحقيقي وجه الاستحسان ان الوطء فعل حسي كالقبض فيحل عليه ولا كذلك النكاح لانه تصرف
حكمي وقوله في المتن لان في الحقيقي استيلاء على المحل به يصير قابضا بعيض بالتدبير فانه يصير به قابضا وليس فيه معنى الاستيلاء
على المحل ويجاب بانه اتلاف من وجه **قوله** ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البائع البينة عند القاضي ان هذا العبد كان له باعه
من فلان وغاب ولم يقبض الثمن وطلب من القاضي ان يبيعه بدينه فان غاب المشتري غيبة معروفة لم يبع العبد في دين
البائع لانه يتوسل الى حقه بدون البيع بالذهاب الى مكان المشتري فلا حاجة الى بيعه وفيه ابطال حق المشتري وان غاب
غيبة لم يدر اين هو باع القاضي العبد في دين البائع واعطى الثمن اذا اقام البائع بينة على ما ادعى لان ملك المشتري

ظهر بالقران فيطهر على وجه اداوية وقد اقرّ مشغولاً بحقه فيظهر الملك للغائب مشغولاً بحق البائع والاقدر على البائع ان يصل الى حقه فاحتيج الى بعد احياء لحقه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلساً ولم يقبض المبيع بخلاف ما بعد القبض لانه لم يبق حقه متعلقاً به **قوله** وقال ابو يوسف يرد القابض عليه مثل نوقه ويرجع بالجياد لان حقه في الدين مرعي في صفة ملكه كما في قدره ولهذا لو كان المقبوض قائماً له ان يرده ويرجع بمثل حقه ولو قبض زيوفاً قدر لم يسقط حقه في المطالبة بالباقي فكذا اذا قبض دون حقه وصفاً الا انه تعذر تضمين الوصف لانه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها ولانه يؤدي الى الربوا فصار الى رد المقبوض والمطالبة بالجياد احياء لحقه في الجودة ولهما ان المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوّز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لكان استبدالاً ببدل الصرف والسلم وهو حرام فوقع الاستيفاء وانما بقي حقه في الجودة لا قيمة لها للمامور ولا يمكن تداركها بضمان بر لاصل لان القضاء بالضمان على القابض جنايته ممتنع فان قلت بالضمان على القابض حقاله انما يكون ممتنعاً لعدم الفائدة وههنا اشتمل على فائدة وصوله الى حقه وهو الجودة الا ترى انه لو اشترى مال نفسه لا يصح لعدم الفائدة ثم لو افاد بان اشترى مال نفسه مع مال غيره يصح لوجود الفائدة وهو تملك مال غيره بحصته من الثمن المذكور في الشرى وكذا يجوز لرب المال ان يشتري مال المضاربة من المضارب لما فيه من الفائدة قلت لا يصح ولو كان فيه فائدة لان الجودة تبع للدراهم لانها وصف لها فتنقض بنقض اصل الدراهم فاسترداد الجودة جعل ما هو الاصل تبعاً للتبع وهذا نقض الاصول وقلت المحقق بخلاف المستشهد به لانه ليس فيه ذلك **قوله** لانه مباح سبقت يده اي يد الآخذ اليه فكان احق به ولانه صيد قال الله تعالى لَيَبْلُوَنَّكُمُ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّيْدِ تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ يعني البيض والفراخ وقال على الله الصيد لمن اخذ ولهذا اوجب الجزاء على المحرم بكسره وسبته لانه لم يهيئ رب الارض ارضه للاصطياد اذ الحكم لا يضاف الى شيء يحصل سبباً الا بالقصد بذلك الا ترى ان من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد او دخل صيد دارٍ او وقع ماشيء من السكر والدراهم في ثيابه ولم يكفه لرب الارض ان لم يجدها لذلك قلت الفرخ والبيض صيد لانه اسم لما لا يؤخذ الا بحيلة اما في الحال او في المال وهما بهذه الصفة والعسل ليس بصيد بل هو من انزال الارض وهو صار قائماً بارضه فيكون تابعاً لها كالشجر ينبت في ارضه والطين او التراب يجتمع في ارضه بجريان الماء فانه يكون ملكاً لرب الارض وان لم يكن الارض معدة لذلك

باب الصرف

وجه المناسبة مر في السلم **قوله** الصرف هو البيع اي بيع بعض الاثمان ببعض مثل بيع الذهب بالذهب او الفضة بالفضة او احدهما بالآخر **قوله** من جنس الاثمان انما قال هكذا لان النقدين ثمنان بحسب الخلقة فلا يكونان مبيعاً وعقد الصرف يستعمل في التبر والمضروب **قوله** والصرف هو النقل والرد لغة قال الله تعالى ثُمَّ انْصَرَفُوا صَرَفَ اللَّهُ قُلُوبَهُمْ او لانه عندهم على مال لا يقصد به ذاته بل يستحق به انواع الفضل بطريق التوسل والصرف هو الفضل لغة كذا قاله الخليل احمد رح ومنه سمي التطوع صرفاً لانه فضل على الفرائض قال عليه السلم من انتمى الى غير ابيه لم يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً اي لا تطوعاً ولا فرضاً اعلم ان الاموال انواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء او لا قوبل بجنسها او بغيرها ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب والمماليك ونوع ثمن يوجد مبيع يوجد كالمكيل والموزون فانه اذا كان

معيناً مبيع وان لم يكن معيناً وصحبه الباء وقابله مبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل فان كان رائجاً كان ثمناً وان كان كاسداً كان سلعة وهذا لان الثمن عند العرب ما يكون ديناً في الذمة كذا قاله الفراء رح والنقود تستحق بالعقد الا ديناً في الذمة وكانت ثمناً بكل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عيناً فكانت مبيعة والمكيل والموزون يستحق عيناً بالعقد تارة وديناً اخرى فكان ثمناً في حال مبيعاً في حال ومن حكم الثمن لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه ويصح الاستبدال به والمبيع بخلافه **قوله** فان باع فضة بفضة او ذهباً بذهب يعني لو تجانسا سقط التماثل ان احلفنا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلم الذهب بالذهب الى اخر ما ذكر في المتن **قوله** يعتقا المساواة فلا يتحقق الربوا معناه كيلا يتحقق الربوا **قوله** ان كان يحكي وقبضه عدم التعيين لكونه من جنس ما لا يتعين في الذهب والفضة حلو ما في الاصل فشرط التقابض الحاقاً للشبهة بالحقيقة في الربوا وكان ينبغي ان يشترط مقروناً بالعقد الا ان حالة المجلس يقام مقام العقد تيسيراً فاذا وجد القبض في المجلس جعل كانه وجد عند العقد ولا يعتبر بالمجلس موضع جلوسهما بل المعتبر وجود القبض قبل ان يفترقا بالابدان **قوله** هاء وهاء بمعنى خذ بخلاف المخيرة لانه يبطل الاعراض اذ التخيير يملك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله ومنه قوله تعالى هَاؤُمُ اقْرَءُوا كِتَابِيَهْ اي يقال احد من المتعاقدين لصاحبه فيما نصان وهو ما كيد لقوله صلع يداً بيد كانه قال لا يعد امع التقابض **قوله** بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض وهذا اللفظ يشير الى ان القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط الصحة كما زعم البعض ولهذا لا يصح شرط الخيار في هذا العقد ولا شرط الاجل لان بالخيار يمنع استحقاق القبض ما بقي الخيار لان استحقاقه بناء على الملك والخيار يمنع الملك وبالاجل يفوت القبض المستحق بالعقد شرطاً الا اذا اسقط الخيار والاجل في المجلس فيعود الى الجواز بزوال المفسد قبل تقرره **قوله** حتى اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق واجب بدل الصرف في الاستبدال يفوت القبض المستحق فان قلت وجب ان لا يفسد البيع في الثوب لان الدراهم لا تتعين في العقود عيناً كانت او ديناً فانصرف العقد الى مطلق الدراهم وهو المنقول عن زفر رح قلت الثمن في الصرف مبيع اذ البيع لا بد له من المبيع ولا شيء سوى الثمنين فجعل كل واحد منهما مبيعاً لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يصح فان قلت لو كان مبيعاً لكان متعيناً قلت ليس من ضرورة كونه مبيعاً ان يكون متعيناً فالمسلم فيه مبيع غير متعين لانه ليس بمبيع مطلقاً بل هو مبيع من وجه ثمن من وجه وهو كاف لسلب الجواز اذ الشبهة كالحقيقة في الحرمات **قوله** بخلاف بيعه بخلاف جنسه مجازفة كبيع الذهب بالذهب او الفضة بالفضة مجازفة لاشتراط المساواة عند التجانس وعند المجازفة يتوهم ربوا فلا العرف فيما هو شرط الجواز فلا يجوز بالشك **قوله** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة في عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الطوق لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس شرعاً وقبض حصة الامة غير واجب والتسليم مطلق فيحمل المنقود من حصة الطوق اذ المعارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال العاقل المسلم ان يؤدي الواجب في محله **قوله** فالنقد ثمن الطوق لان الشرع حرم النساء في بدلي الصرف واطلقه في بيع الامة والظن بالمسلم ان لا يميل الى الحرام

خيار ح
نقد ح

ولو باع امة مع طوق الف مثقال فضة بالفي مثقال فضة نسيئة فسد في الكل عند ابي حنيفة رح اما في الصرف فلفوات التقابض واما في الامة فلان المفسد مقارن وقد تقرر في الكل بنوع حيث لم يصح قبول العقد في البعض شرطا للقبول في الباقي وعندهما لا تفسد في الامة لان الفساد يتقدر بقدر المفسد عندهما **قوله** وكذلك لو قال احد هذه الخمسين من ثمنهما لان الاسم قد يراد به ذكر ما به الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما لانهما يخرجان من الملح لا من العذب وقال تعالى نسيا حوتهما والناسي صاحب موسى عليه السلام بدليل قوله فاني نسيت الحوت وقال قد اجيبت دعوتكما والداعي كان موسى عليه السلام وقال صلعم اذا سافرتما فاذنا واقيما والمراد احدهما فيحمل عليه بظاهر حاله **قوله** فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيه وقد فات شرطه وصح في السيف فقط ان كان يتخلص بلا ضرر لانه امكن افراده بالبيع وصار كالطوق والامة وان لم يتخلص الا بضرر بطل في السيف ايضا لانه لا يصح افراده بالبيع كالجذع في السقف وهذا اذا كانت الفضة المفروزة ازيد من الفضة فان كانت مثله او اقل منه لم يصح البيع للربوا وكذا اذا لم يدر خلافا لزفر رح لاحتمال الربوا او جهة الفساد اكثر من جهة الجواز لان الفساد بتقدير المساواة والنقصان والجواز بتقدير الزيادة ولو استوت الجهتان لترجح جهة الفساد احتياطا فما ظنك لو كانت جهة الفساد اكثر **قوله** والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض فلا يسري الى ما بقي لا يقال ان فيه تفريق الصفقة لان التفرق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من العاقد فصار كهلاك احد العوضين **قوله** ولان الشركة في الاناء عيب لانه يتبعض بالتبعيض وقد ظهر انه كان في يد البائع **قوله** لانه لا يفيد التبعيض لان الشركة ليست بعيب فيها اذ لا يتبعض بالتبعيض **قوله** وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز بتقدير قولهما لان هذه صفقة اشتملت على بدلين مختلفين فوجب ان يكون الكل مقابلا بالكل على سبيل انقسام الاجزاء بالاجزاء بطريق الشيوع بان ينقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب ومتى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل ضرورة اذ الحنطة والشعير والدرهم والدينار من احد الجانبين اكثر فيتحقق الربوا وفي صرف الجنس الى خلافه تغيير تصرفه واثبات مقابلة لا دليل عليها في لفظه يحرم فيه تصحيح تصرفه ولكن يحرم تصرفه ثم يصح لتصحيح التصرف كما لو اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين لا يصح وان امكن تصحيح تصرفه بصرف كل الربح الى الثوب **قوله** فسد العقد في الدرهمين وان امكن تصحيحه بصرف الدراهم الى الثوب والثوب الى الدراهم ومع ذلك لم يصرف لان كلامه واجب التصحيح على الوجه الذي يا تيهم وهو انما ياتيهم على ان يكون الكل مقابلا بالكل على ان يكون الفرد مقابلا بالفرد بتقرير ما قاله اصحابنا ان العقد يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لانها مقابلة مقيدة واللفظ مطلق غير متعرض لواحد منها ولكن مع هذا يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وسائر الوجوه المقابلة لا يقتضيه الاطلاق لكن لان الذات لا تخلو عن وصف من الاوصاف كما عرف في الرقبة الاترى انه لو اتى بهذه المقابلة بان قال على ان يكون الجنس بخلاف الجنس يصح ويصير الفرد مقابلا بالفرد ولولا الاحتمال لما صح التنصيص ولما كانت هذه المقابلة يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو طريق متعين لتصحيحه وجب ان يحمل عليه تصحيحا لتصرفه ولهذا وجب حمل كلامه على المجاز اذا لم يصح الا بالحمل عليه ونبين انه ليس

بصحيح لكلامه بل هو تعيين احد المحتملين لان كان فيه تغيير وصف العقد وصفه وهو باطل لان وصف الشيوع لا اصله اذ موجبه الاصلي ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وهو باق بحاله ولهذا لو قوبل الفرد بالفرد في الجنس بالجنس بان باع دينارا بدينارين حتى لو قبض كل واحد منهما دينارا صح العقد فيه فلو قوبلت الاجزاء بالاجزاء لما صح لان المقبوض يكون مقابلا بالمقبوض وغير المقبوض حينئذ وصار كالو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه وان كان فيه تغيير كلامه تصحيحا لتصرفه وكذا لو باع عبدا بالف درهم وفي البلد نقود مختلفة وبعضها اروج يحمل مطلق كلامه عليه تصحيحا لتصرفه ولو كان فيه تغيير كلامه بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف كل الربح الى الثوب والتولية تضاد المرابحة فكان ابطالا لتصرفه اصلا وفي الثانية طريق التصحيح غير متعين لانه كما امكن تصحيحه بصرف الالف الى الجيد الذي اشتراه امكن تصحيحه ايضا بصرف الالف ومائة الف واذا تعدد طريق الجواز لم يصح لانه ليس تعين احد الوجهين اولى من الآخر فلذلك لا يتعين طريق الجواز هنا لانا اذا صرفنا الدراهم الى الدينارين والدينار الى الدرهمين والدرهم مع نصف الدينار الى الدرهم لا يصح ايضا قلت نعم الا ان التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يرجح احد وجوهه وما ذكرنا راجح لان العقد ورد باسم الدراهم فيجوز مع بقاء اسم الدراهم اولى وفي الثالثة صرف البيع الى غير المحل ولا يصح على المعنى الثاني بينهما وغير المحل ليس بمحل للعقد وفي الرابع وقع العقد صحيحا سواء كان الجنس مقابلا بالجنس او بخلافه والفساد يجيء بعد الصحة بعارض وهو الافتراق لا عن قبض ولا القبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس الى خلافه للتصحيح وهو صحيح بدونه فان قلت بصرف الجنس الى خلافه يبقى صحيحا كما يصرف هنا فيصح صحيحا قلت الفساد ثمة موهوم والجواز ان يتقابضا في المجلس وهنا متحقق **قوله** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار ويكون الحشرة بمثلها والدينار بالدرهم تصحيحا للعقد **قوله** ومن له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة دراهم الى آخره اعلم ان هذه المسئلة فصول احدها ما اذا اضاف العقد الى الدين فانه يصح اجماعا ويجب بالعقد ثمن لا يجب تعيينه ولا يجب له قبض معين في ذلك صحيح لان تعيين احد العوضين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين ويعني به الآخر للتعادي عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما الربوا في دين يقع الخطر في عاقبته بان يسوى عليه فيسلم المقبوض عن النوى والآخر على خطر التوى فيتحقق الفضل ولهذا حرم بيع الدين بالدين ولو تصارفا دراهم دينا بدينار دين صح لفوات الخطر في دين يا تيه بل البيع يسقط بالبيع وما بينهما وهو ما اذا اطلق البيع فانه وجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض المعين احترازا عن الربوا والدين بعين لهذه الصفة لانه والواجب بالعقد لا يسقط بل يجب تعيينه فكذا لم يقع المقاصة بنفس العقد لعدم التجانس فان تقاصا صح استحسانا ولم يصح قياسا وهو قول زفر رح لانه لو صح التقاص فاما ان يصح مع الصرف الاول وذا لا يجوز لانه يكون استبدالا ببدل الصرف لان المشتري الدراهم يملك مكان بدل الصرف ثانيا بدل مستورا ولم يبق اثره بل بانفساخ الاول وانعقاد الآخر وانه يكون بطريق الاقتضاء وزفر رح لا يقول به ولنا انهما اذا تقاصا ولا يصح لهما الا بانفساخ الصرف الاول وانعقاد صرف آخر مضافا الى الملك الحر اذ لولاه لكان استبدالا ببدل الصرف كما قصدناه ضرورة والفسخ قد ثبت اقتضاء كما لو تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة

فان البيع الاول يفسخ ضرورة ثبوت الثاني وما يليها وهو ما اذا اخذت الدين بعد الصرف بان اشترى دينارا بعشرة دراهم
ثم باع المشتري من البائع ثوبا بعشرة دراهم فان لم يتقاصا لم تقع المقاصة لانه لو كان الدين موجودا لم تقع فهنا
اخرى لم يتقاصا لا يصح في رواية لانه صرف بدين سيجب وفي رواية يصح وهو الاصح لان التقاص يتضمن فسخ الصرف الاول
وانشاء صرف آخر وكان صرفا بدين سبق وجوبه قوله ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم على الغلة من الدراهم هي
المقطعة التي في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة عن ابي يوسف رح في رسالته ويشهد بهذا ما في الايضاح يكره
ان يقرضه على ان يرد عليه صحاحا قوله اعتبارا للغالب بناء على ان العبرة للغالب في الشرع والمجلوب منزل الهالك
لما مر قوله مشايخنا رح لم يفتوا بجواز ذلك مشايخنا رح الفاصل في العدالي والغطارفة هي منسوبة الى غطريف بن
عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد وهو خال الرشيد لانها اعز الاموال في ديارنا فيفضي باحد الى
فتح باب الربوا اعلم ان المساوي كغالب الغش في البائع والاستقراض وفي الصرف كغالب الخالص لو باع بغالب
الغش او بفلس نافق فصح وان لم يعين لانه ثمن بالاصطلاح قوله واذا اشترى بها اي بالدراهم المغشوشة
سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح عليه قيمتها
الغش يوم البيع وقال محمد رح قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد صحيح وانما تعذر التسليم بالكساد وذا
لا يوجب الفساد لانه صفة عارضة قابلة للزوال ساعة فساعة بالرواج فصار لو اشترى بالرطب فانقطع
اوانه واذا بقي العقد عندهما وتعذر تسليمه فيجب القيمة لكن ابا يوسف رح اعتبر يوم البيع لانه المضمون
بالبيع كالمغصوب فانه يعتبر قيمته يوم الغصب لانه مضمون به واعتبر محمد رح يوم الانقطاع لان
موجبه رد ما انعقد به العقد والانتقال منه الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رح
ان صفة الثمنية للمغشوش بعارض الاصطلاح فاذا بطلت بالكساد لم يبق ما يقتضي البيع بلا ثمن الى آخر ما قال
في المتن قوله وهو نظير الذي بيناه في الدراهم المغشوشة قوله لانه بطل صفة الثمنية بعدم ردها
كانتقاص المقبوض فلوس هي ثمن وقد بطلت صفة الثمنية بالكساد فيجب رد قيمتها قوله قول محمد انظر
الخ حق المستقرض لان قيمته يوم الاستقراض اكثر ويوم الانقطاع اقل وقول ابي يوسف ايسر بناء على ان
قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف الا بحرج قوله ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس او بدانق
فلوس او بقيراط فلوس او بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس جاز وعلى المشتري من الفلوس ما يباع بنصف درهم ونحوه
وقال زفر رح لا يصح في الكل لان العقد يتعلق بالفلوس لا بالدانق ونحوه فلا بد من ان يكون معلومة العدد اذ الفلوس
تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم لم يوجد فكان الثمن مجهولا ولنا ان المراد به ما يباع بالفلوس او بدانق او بدرهم
وهو معلوم عند الناس فكان قدر الدرهم عبارة عن قدر من الفلوس فيصح العقد وقال محمد رح يصح فيما
دون الدرهم لا في الدرهم لان الجواز في القليل للعادة ولكن الناس يتبايعون بالكثير والاصح الجواز في الكل
للعرف قوله وعلى قياس قول ابي حنيفة رح يبطل في الكل لان الفساد قوي فيشيع في الكل كما هو مذهبه وعندهما

صح البيع في الفلوس وبطل فيما بقي لان بيع نصف درهم بالفلوس صحيح وبيع النصف بنصف الا حبة فاسد قوله ولو كرر
لفظ الاعطاء بان قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة كان جوابه كجوابهما في الاصح لتفرق الصفقة
بتكرار لفظ الاعطاء وفساد احد العقدين لا يلزم فساد الآخر

كتاب الكفالة

لما فرغ من احكام الايمان وهو ما يثبت في الذمة شرع في بيان جواز ضم الذمة الى الذمة وقدم الاول لكثرة وقوعه
قوله الكفالة لغة الضم ومنه قوله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقوله صلى الله عليه وسلم انا وكافل اليتيم الى نفسه ويرعاه
ضم ذمة الى ذمة في المطالبة دون الدين وقيل في الدين وهو قول الشافعي فيصير الدين الواحد دينين لان الكفيل مطالب
بالاداء والمطالبة بالاداء فرع الدين لان الدين محال اذ المطالبة فرع الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل ولهذا لو وهب له صح هبة
الدين ممن عليه الدين لا يصح وكذا لو اشترى به شيئا يصح والشرى بالدين من غير من عليه الدين لا يصح فظهر
ان الدين يوجب على الكفيل والاول اصح لان الدين بقي في ذمة الاصيل كما كان خلافا لما يقوله مالك لان الاصيل يبرأ عن
الدين بالكفالة كما في الحوالة فلا يتصور وجوبه في ذمة الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة فلا يصار
اليه الا عند الضرورة ولا ضرورة لان المطالبة قد تنفصل عن المطالبة كالوكيل بالشرى يكون مطالبا بالثمن والدين على اى الامر
الموكل حتى لو ابرأ الموكل عن الثمن جاز وهذا لان الثابت بالكفالة محض التوثق فجعلنا ما هو الفرع في حق الاصل اصلا في
باب الكفالة كما جعلنا الذي هو فرع من فروع الملك اصلا في عقد الرهن هذا اصلنا في الوثائق قوله الفرع لا يعقل
الفصل عن الاصل قلنا في الوجوب كذلك فاما استحقاقا فيعقل الفصل على مثال البناء لا يعقل الفصل عن الارض وجودا
ولكن يعقل الفصل استحقاقا واما هبة الكفيل واشترى منه او الكفيل ادى الدين من مال نفسه جعلنا الدين
عليه لضرورة تصحيح التصرف كذا لو ادى الدين بنفسه لانه لا بد من ان يعتقد الملك له في الدين كما لو اداه الاصيل بنفسه
ولا يمكن ايجاب الملك له بما ادى في الدين الواجب في ذمة الاصيل لانه يؤدي الى تمليك الدين من غير من عليه الدين فجعلناه
في حكم دين في ذمته هذه الاحكام للضرورة وقبله لا ضرورة كذا في الايضاح قوله وركنها الايجاب والقبول وشرط
جوازها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل حتى لا تصح الكفالة بالحدود والقصاص لفوات شرطها اذ غير
الجاني لا يؤخذ بجنايته الجاني اهلها اهل الشرع بان كان حرا مكلفا فلا يصح من العبد والصبي وحكمها وجوب المطالبة
على الكفيل قوله فالكفالة بالنفس جائزة بدأ ببيان الكفالة بالنفس لان ذلك يكون قبل ثبوت المال عادة ومباشرتها اكثر
الناس اظهر قوله والمضمون بها تقال ضمنت الشيء اي جعلته تحت كشحي فيكون ثقله عليه والمراد بها ضم الشيء
يكون عهدته عليه فيكون بعد احكميا قوله احضار المكفول به اراد بالمكفول له المال والمكفول عنه المديون قوله
وقال الشافعي لا يجوز اي الكفالة بالنفس لان الكفيل غير قادر على تسليم المكفول به لانه لا قدرة له على نفسه لا يستاد له بل
يمانعه ويدافعه بخلاف الكفالة بالمال لقدرته على تسليم مال نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم من غير فصل
بين الكفالة بالنفس والمال فيقتضي شرعيتهما ومعنى قوله الزعيم غارم ان الكفيل ضامن لما التزم من مال او تسليم نفس
على معنى انه مطالب به وعن الصحابة رضي الله عنهم انهم جوزوا الكفالة بالنفس ولانه قادر على تسليمه ببيان موضعه

للطالب لان الكفيل يكون من محادفه ظاهرا والحيلة بينه وبين الطالب على وجه لا يعدران يسع عنه او بالاستعانة باعوان القاضي على ان الظاهر انما يكفل بنفس من يقدر على تسليمه وسعادله في التسليم وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فوجب ان يصح دفعا للحاجة الماسة الى احياء حقوق الناس لهذا جازت الكفالة حتى لو اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم اخذ منه كفيلا اخر فهما كفيلان لان حكمها استحقاق المطالبة وهي تحتمل التعدد فالتزام الاول لا يمنع التزام الثاني المقصود منها التوثق والكفيل الاخر زيادة في التوثق فصح الثاني ايضا **قوله** وينعقد اذا قال تكفلت عنه وبما يعبر عن البدن حقيقة كنفسه وجسده او عرفا كرقبته ووجهه وراسه كما مر في الطلاق **قوله** وبجزء منه كنصفه وثلثه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا يتجزى لان المستحق بها احضارها واحضار بعض النفس لا يتحقق فصار ذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله بخلاف قوله تكفلت بيده او برجله فانه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن البدن **قوله** لانه تصريح بموجبه كالبيع ينعقد بلفظ التمليك **قوله** او قال علي اي انا ملتزم تسليمه لان على للالزام **قوله** والي بمعنى على هنا قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي اي فعلي الكل العقيم وهو عيال ثقيل على صاحبه والمثبت في الفردوس برواية ابي هريرة رضي الله عنه فالينا والمعنى من ترك كلا فالي كافله او كما قال فامره مفوض الينا نصلح احواله من بيت المال **قوله** للقدرة على المحاكمة فيه اذ المصر يسلمه على وجه يمكن من احضاره مجلس الحكم وقد وجد وعندهما لم يبرا لانه انما يبرا بالتسليم الذي التزمه وهو التسليم في مصر كفل فيه وجاز ان يكون شهوده فيه او ذلك القاضي يعرف حادثته فلا يبرا بالتسليم في مصر اخر ملنا ولعل شهوده فيما سلمه او هو القاضي يعرف حادثته فتعارض الموهومات وبقي التسليم سالما عن المعارض فيبرا او هذا اذا لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه وان شرط فلا يبرا عندهما وعلى قوله رض اختلف المشايخ فيه **قوله** لانه لا يقدر على المحاكمة وهذا لان المقصود من التسليم احضاره مجلس الحكم ليثبت عليه حقه وذلك لا يتاتى فيما اذا كان محبوسا فهو بمنزلة تسليم الطير في الهوا والسمك في الماء **قوله** ومن كفل بنفس اخر ولم يقل اذا دفعته اليك فانا بري فدفعه اليه فهو بري لان موجب التسليم البراءة فيثبت بدون النص عليها ولا اذا التصرف متى يثبت بالتنصيص عليه كالمستعير او الغاصب اذا رد المستعار او المغصوب يبرا عن ضمان الرد والا اشتراط قبول الطالب التسليم لان الكفيل يبرا بنفسه بانتفاء ما التزم فلا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون اذا وضع الدين بين يدي الطالب فانه لا يشترط قبوله **قوله** فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافه الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره اي المكفول بنفسه لزمه ضمان المال لانه علق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بنفس المكفول به وهذا التعليق صحيح لتعامل الناس اياه وان كان القياس يابا وبالتعامل يترك القياس في البيع كما لو اشترى نعلا على ان يحذوه البائع اياه مع ان فيه اصفق من الكفالة فلان يترك هنا وبابها اوسع اولى **قوله** فاذا وجد الشرط لزمه المال بحيث اذا لم يواف بنفسه حتى لزمه المال لا يبرا من الكفالة بالنفس اذ لا تنافي بين الكفالتين فكلا واحد منهما للتوثق حتى لو كفل بهما معا صح وقال الشافعي لا تصح الكفالة الثانية اما الكفالة بالنفس فلما مر واما الكفالة

بالمال فلانها سبب وجوب المال غير متعلق بسبب المال بالاخطار لا يصح كالبيع بغير ما قاله اصحابنا رح ان الكفالة بالمال تشبه النذر ابتداء باعتبار التزام المال من غير ان يقابله شي وتشبه البيع انتهاء لان الكفيل يرجع على الاصيل بما ادى عنه فكان مبادلة المال بالمال عملنا لا يصح تعليقها بمطلق الشرط كهبوب الريح ومجي المطر عملا بشبه البيع وصح بشرط متعارف كعدم الموافاة في وقت كذا عملا بشبه النذر **قوله** ومن كفل بنفس رجل قال الرجل ان وافى به غدا فعليه المال الذي للطالب عليه فمات المكفول عنه قبل مضي الغد ثم مضى الغد ضمن الكفيل المال لان شرط لزوم المال عدم الموافاة وقد وجد فان قلت شرط وجوب المال عدم موافاة مستحقة وذا لا يكون بعد موت المكفول عنه لان الكفالة بالنفس بطل بموته فينبغي ان لا يلزمه المال قلت الشرط عدم الموافاة مطلقا فلا يصح التقييد بموافاة مستحقة ولان الموت غير موضوع لفسخ الكفالة وانما انفسخت لضرورة العجز عن احضار النفس لا عن احضار المال والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يظهر انفساخ الكفالة بالنفس في حق الكفالة بالمال بخلاف الابراء لانه موضوع للفسخ **قوله** ومن ادعى على اخر مائة دينار وبين اي وصفها او لم يبين حتى قال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه فان لم اوافك به غدا فعلي المائة فلم يواف به غدا فعليه مائة دينار عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ان ادعاها ولم يبينها حتى كفل له بمائة دينار ثم ادعى بعد ذلك لا يصح دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر حيث لم ينسبه الى ما عليه فكان هذا رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة وهذا الطريق يوجب ان لا يصح الكفالة ولو كان المال مبينا عند الدعوى لهما ان هذه كفالة امكن تصحيحها فتصح لما اذا بين المال عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما على المدعى عليه لان العادة جرت بان يبهم الكفيل ذكر المال لما بين عند الدعوى واما اذا لم يكن مبينا فلان الناس يحملون المال المدعى به في غير مجلس القضاء في المعارف ولا يبينون الا عند القاضي حذرا عن تحمل الخصوم وصونا لكلامهم الى وقت الحاجة فصحت الدعوى على احتمال البيان من جهته فاذا بين التحق بيانه الى ابتداء الدعوى فيظهر به صحة الكفالة بالنفس فيصح الكفالة بالمال لانها بنا عليها **قوله** ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والى اخره اي الا يجبر على اعطاء الكفيل عنده وعندهما يجبر على اعطاء الكفيل في حد القذف والقصاص بنا على ان الكفالة شرعت للتسليم وتسليم النفس واجب على الاصيل هنا فصحت الكفالة به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى والكفالة شرعت وثيقة لما كلا لا يفور حقا والله تعالى غني عن ذلك اما القصاص فالمغلب فيه حق العباد وحد القذف مشتمل عليهما وان كان الغالب حق الله تعالى ولابي حنيفة رح قوله صلعم لا كفالة في حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق ومبنى الحدود والقصاص على الدرء فالجبر على اعطاء الكفيل فيهما يفضي الى فساد الوضع بخلاف سائر الحقوق لانها لا تسقط بالشبهات فيحل الاستيثاق بها كما في التعزير فانه حق العباد ولا يسقط بالشبهة **قوله** ولا يحبس فيها اي لا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي بالعدالة لان الحبس للتهمة الفساد هنا للاحتياط وشهادة المستورين يصلح للحكم فيصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات فيثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت اصل الحق والحبس للتهمة الفساد مشروع فانه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة بخلاف دعوى

المال لان الحبس نوع عقوبة وفي دعوى الحدود والقصاص عقوبة اقوى من الحبس اذا ثبت فاذا صار منهما بد تعادلت الحبس
وفي دعوى المال اقصى العقوبات الحبس اذا ثبت فعيل ثبوته لا يعاقب به وعنهما في الحبس في الحدود والقصاص واسان
في دوام حبسه لا يكفل في رواية عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج
لانه دين واجب يحبس به ويلازم لاجله ويمنع وجوب الزكوة ويطالب به اشد المطالبة فاشبه الديون بخلاف الزكوة حيث
لا يصح الضمان بها وان كان واجبا مطالبا به خصوصا اذا كانت في الاموال الظاهرة لان الواجب عليه فعل هو عبادة
والمال محل لاداء العبادة ولهذا لا يستوفى من تركته من عليه بعد موته الا بوصية بخلاف سائر الديون وهذا لان الدين
وجوب تمليك مال بدلا عن شيء آخر والخراج يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذب عن حريم الدين والمحاماة على بيضة الاسلام
فكان دينا كالاجرة فكذا الخراج اما الواجب في الزكوة فتمليك مال من غني لم يكن بدلا عن شيء آخر قوله فاخذ به
كفيلا آخر فهما كفيلان لان حكمهما استحقاق المطالبة ومتى يحتمل التعدد فالتزام الاول لا يمنع التزام الثاني المقصود
منها التوثق واخذ كفيل آخر زيادة في التوثق فصحت الثانية اذ حكمهما لا يتنافيان قوله لان مبنى الكفالة على التوسع
لانه يتبرع ابتداء لا محالة وعلى الكفالة بالدرك ولو ان يقول للمشتري انا ضامن للثمن ان استحق المبيع اجماعا والحق
في الدرك وقدر ما يلحقه فيه الدرك مجهول وكفى بالاجماع حجة كما اذا كفل بشجة بان قال تكفلت لك بما اصابك من هذه الشجة
التي شجك فلان ومتى خطأ يصح بلغت النفس او لم تبلغ ومقدار ما الزمه بهذه الكفالة مجهول لانه لا يدرى قدر ما يبلغ
من اثر الشجة وهل يسرى الى النفس او لا يسرى وفي الدين الصحيح ان لا يسقط الا بالاداء او الابراء وقع احترازا
عن بدل الكتابة اذ لا يصح الكفالة به لسقوطه بغير هذه الكتابة مع المنافي لانه عبد ما بقي عليه درهم والمولى
لا يستوجب على عبده دينا الا انه لحاجته الى التحقيق سبب الدين فكان ثابتا في حقه لا في حق الكفالة به قوله
والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله الاصيل بالاصالة والكفيل بالكفالة اذ
الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة فيستمر حق المطالبة منهما الا اذا شرط براءة الاصيل حينئذ تكون
حوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرا بها الاصيل كفالة اذ العبرة في العقود للمعاني قوله بخلاف
المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين فانه ليس له ان يضمن الآخر لانه اذا ضمن احدهما بالرضا او بالقضاء فقد ملك
المغصوب منه فلا يملك رجوعه ويملكه من الآخر والمطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء
حتى اذا استوفاه من احدهما صار المضمون مملوكا الدين له فلا يكون له مطالبة الآخر وفي الغصب اذا اختار
تضمين احدهما بلا رضا وقضاء له تضمين الآخر ايضا قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشرط مثل ان يقول ما
بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي بخلاف ما لو غصبك احد شيئا والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء
به حمل بعير وانا به زعيم فانه يدل على ان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة او حمل بعير مجهول وعلى ان
تعليق الكفالة بالشرط جائز حيث علق الكفالة بشرط المجيء بالصواع وشريعة من قبلنا تلزمنا اذا قص الله تعالى
او رسوله بلا انكار وان قيل الكفيل لم يكن ضامنا عن الغير وهذا القائل كان ضامنا عن نفسه لانه كان مستاجرا اذ المستاجر

ضامن للاجرة سواء كان اصيلا او وكيلا واذا كان ضامنا للاجرة بحكم العقد لم يتصور ان يكون كفيلا عن غيره فكان يجب
قوله انا زعيم انا ضامن للاجرة بحكم الاجارة لا بحكم الكفالة قلت الزعيم الكفيل لما مر وامكن حمل الآية على الكفالة بان
المنادي للعير ان الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير وانا كفيل بذلك فيكون كفالة عن الملك لا عن نفسه لان المنادي كان
رسولا من جهة الملك والرسول لا يستاجر فصلح ان يكون كفيلا بالاجر عن المرسل فان قلت قد ظهر انتساخه لان الكفالة
لا يصح بمجهول اجماعا والمكفول له مجهول هنا قلت هنا امران جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة
الى سبب وجوب المال فانتساخ الاول لا يدل على انتساخ الثاني والاجماع منعقد على صحة الكفالة بالدرك وهي مضاف الى
سبب الوجوب بالاستحقاق قوله فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر او ان دخل
زيد الدار فانا كفيل تصح الكفالة ويجب المال حالا وكذا اذا جعل واحدا من هبوب الريح او مجيء المطر اجلا للكفالة بان قال
تكفلت الى ان يمطر السماء او تهب الريح بطل لانهما ليسا من الآجال المعروفة بين التجار وتصح الكفالة لان ما جاز تعليقه
بالشروط لا يبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق ولانه في الحال يملك مطالبة بلا عوض ولو كان يملك مالا
من غير عوض كالهبة بالشرط لا تفسد فههنا اولى قوله لاطلاق ما روينا وهو قوله صلعم الزعيم غارم ولانه
تصرف في حق نفسه بالتزام المطالبة وفيه تقوية الطالب واعانة المطلوب ولا ضرر عليه بواسطة الرجوع لانه يتقيد بالامر
بالكفالة والامر بها دليل رضاه به قوله اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لا بما ادى حتى لو كفل عن رجل بدراهم جياد
واعطى الطالب زيوفا رجع بمثل ما ضمن اي الجياد على الاصيل لان الكفيل باداء الدين ملك ما في ذمته فنزل منزلة الطالب
قوله كما اذا ملكه بالهبة بناء على ان هبة الدين من غير من عليه الدين يصح اذا سلطه عليه وهو مسلط عليه في الجملة
او يجعل ذلك تمليكا للدين منه مقتضى الهبة له فيصير هبة الدين لمن عليه الدين وهو ممكن تمليكه وانه يجعل الدين الدين باحالة
الاذن عليه فيتفسخ لك مقتضى يصرفهما على ان الدين يصير دينا عند الضرورة ولا صحة للهبة الا بجعل الدين عليه فجعل
الاذن عليه للضرورة قوله او بالارث بان مات الطالب فورثه منه الكفيل قوله وكما اذا ملك المحتال عليه في الحوالة
بما ذكرنا يعني بما ذكرنا من الاسباب وذلك بان احال على انسان لم يكن على المحال عليه دين فادى المحال عليه دنانير او عروضا
عن الدراهم او وهب له المحتال له الدين او تصدق عليه او ورثه منه فانه يرجع في ذلك كله على المحيل بالدين لانه ملك ما في
ذمته بهذه الاسباب فيرجع على المحيل بما قبله منه قوله بخلاف المأمور باداء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه
شيء حتى يملكه بالاداء بل كان مقرضا فيرجع بما ادى قوله بخلاف ما لو كان صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة
حيث يرجع بخمسمائة لانه اسقاط لبعض الحق ليس بمبادلة اذ لو جعل مبادلة لكان ربوا واذا كان اسقاطا فلا يرجع
عليه بقدر الساقط ولانه لو ابرأ الطالب الكفيل عن الكل لا يرجع الكفيل على المطلوب بشيء فكذا اذا ابرأ عن البعض اعتبارا
للبعض بالكل ولو كفل بغير امره لا يرجع بشيء خلافا لمالك رح لانه متبرع فيما ادى فلا يملك الرجوع قوله وليس للكفيل
ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل الاداء عنه بناء على ان الطالب يستلزم سبق الملك ولا ملك له في الدين الا بعد الاداء قوله
فان لوزم بالمال اي المكفول له لازم الكفيل فللكفيل ان يلازم المكفول عنه حتى يخلص المكفول عنه الكفيل لانه بمنزلة الاصيل

وجب براءة الكفيل وهذا لان الدين على الاصيل عندنا وعلى الكفيل المطالبة به وهي تابعة للدين فكان من ضرورة سقوط
الدين سقوط المطالبة اذ المطالبة بالدين لا دين محال قوله وبقاء الدين على الاصيل بدون المطالبة جائز اذ المطالبة
فرع الدين وسقوط الفرع لا يوجب سقوط الاصل ولا يلزم جعل التبع اصلا والاصل تبعا قوله بخلاف ما اذا كفل بالمال
الحال موجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل هذا لان التاجيل متى ما زال الكفالة صار داخلا في نفس المال لان حال وجود الكفالة
لا حق يتعلق الاجل سوى الدين وكان الاجل داخلا في الدين فيتاجل الدين واذا صار الدين موجلا يظهر الاجل في حقهما ضرورة
وهنا بخلافه لان تاخير الكفيل بعدما كفل حالا تاخير للمطالبة عن الكفيل اذ الملتزم بالكفالة المطالبة وكان تاخيرا للملتزم
فلا يثبت التاخير في حق الدين لانه لم يذكر في معرض التاخير وبعد ذكر الدين في معرض التاجيل قوله ولو قال للكفيل
ضمن له مالا قد برئت الي من المال فهو اقرار من الطالب بقبض المال من الكفيل حتى يرجع الكفيل على الاصيل اذا كفل بامره لانه
اسند البراءة الى الكفيل وعداها الى نفسه بقوله الي والبراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء
فكان هذا منه اقرارا بالقبض فيرجع قوله وان قال ابرأتك اي قال الطالب للكفيل ابرأتك فهو براءة لا اقرار منه بالقبض
من الكفيل حتى لا يكون للكفيل ان يرجع بالمال على الاصيل لان الطالب اسند البراءة الى نفسه على الخصوص والبراءة التي تحصل
بها الطالب يكون بالاسقاط فلا يكون هذا اقرارا بالقبض فلا يرجع وياخذ الطالب حقه من الاصيل لان ابراء الكفيل لا يوجب
ابراء الاصيل قوله ولو قال برئت اي لم يقل الي فهو ابراء عند محمد رح لانه يحتمل براءة بالاداء فكان اقرارا بالقبض قال رح
فيرجع ويحتمل برئت الي برئت فلا يرجع بالشك وعند ابي يوسف هذا اقرار بالقبض لانه اسند البراءة الى الكفيل على الخصوص والبراءة
التي حصل الكفيل على الخصوص يكون بالايفاء فانه اذا حصل بين الطالب وبين المال تحصل البراءة وان لم يوجد من الطالب صنع وهذا
كلما غاب الطالب فان كان حاضرا يرجع اليه انك قصدت الى المال او لم تقصد لصدور الاحتمال منه قوله ولا يجوز تعليق
البراءة من الكفالة بالشرط لان في البراءة معنى التمليك كما في سائر البراءات وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر
وكذا على قول غيره لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانه وسيلة اليه والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان
العائد على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد
ويرتد ابراء الاصيل برده قوله وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة به كالحدود ولو كان حد القذف والقصاص
لان الكفالة انما يصح بمضمون يجري النيابة في ايفائه ولا يجري النيابة في العقوبات لان الغرض من شرعها زجر الجاني عن المعاصي
وهذا لا يتحقق اذا اقيم على غير الجاني وهذا اذا كفل بنفس الحد ولو كفل بنفس من عليه الحد فقد سبق بيانه قوله وان كفل
عن البائع بالمبيع لم يصح صورته كفالة المبيع ان يقول كفلت عنك المبيع قصدا لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن قوله
والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت يصح عندنا اعلم ان الاعيان المضمونة نوعان مضمون بعينها اذا ادبها اذا
هلكت في يد القابض لزم ان كان من ذوات الامثال يجب مثلها وان كانت من ذوات القيم يجب قيمتها كالمبيع بيعا فاسدا
والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب خلافا للشافعي فان عنده لا يصح الكفالة بالاعيان المضمونة بناء على ان شرط
صحة الكفالة قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذا انما يتصور في الدين لا في العين ولنا ان الكفالة ضم الذمة الى

الذمة في الالتزام ما كان مضمونا على الاصيل في رد العين مضمونا على الاصيل فيصح الالتزام من الكفيل قوله لا بما كان
مضمونا بغيره حتى لا يصح الكفالة بما هو مضمون بغيره كالمرهون والمبيع مضمون بالدين والثمن وكذا لا يصح بما كان
امانة كالوديعة والمستعار ومال المضاربة والشركة والمستاجر وعند ابي يوسف ومحمد رح العين في يد الاجير المشترك
مضمون فيصح الكفالة به عندهما قوله لانه غير مضمون بغيره وهذا لانه لو هلك المبيع قبل القبض في يد البائع
لا يجب على البائع شيء وانما يسقط حقه في الثمن واذا كان المبيع مضمونا على البائع بسقوط حقه في الثمن لا بنفسه
لا يمكن تحقيق معنى الكفالة اذ هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة ولا يتحقق الضم بين المختلفين فان ما ثبت في حق
الاصيل من سقوط حقه في الثمن لا يمكن اثباته في حق الكفيل وما امكن اثباته على الكفيل من كونه مضمونا عليه بالقيمة
لا يمكن اثباته على الاصيل للاجماع فحينئذ انتفاء جواز الكفالة لانتفاء لازمه وهو الضم بخلاف الكفالة بتسليم المبيع
حتى لو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر يصح لان
التسليم مستحق على البائع او المرتهن اذا قبض الثمن او الدين وكذا التسليم مستحق على الموجر فاذا كان كذلك احد جهة المطالبة
فيتحقق الضم قوله لانه عاجز عنه وهذا لان المستحق تسليم الدابة وهو عاجز عنه لانها ملك الغير قوله ولو كانت
بغير عينها جازت الكفالة بناء على ان المستحق هو الحمل ويمكنه الحمل على دابة الكفيل قوله ولا يصح الكفالة اي بالنفس
او بالمال الا بقبول الطالب في مجلس العقد عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف واختلفوا على قوله فقيل عنده يجوز
بوصف التوقف حتى لو رضي بها الطالب نفذ والا بطلت وقيل جائز عنده بوصف النفاذ ورضا الطالب ليس بشرط عنده
وهو الاصح لانه تصرف التزام من الكفيل ولا الزام فيه على الغير فيتم بالملتزم وحده كالاقرار ولهذا لا يصح مع الجهالة
ومن جعل الخلاف في التوقف جعله فرعا للفضولي في النكاح اذا زوج امراة وليس عنها فانه يتوقف عنده على اجازتها
فيما وراء المجلس كانه جعل قوله كفلت لفلان عن فلان بكذا عقدا تاما لكنه تصرف للغير فيتوقف على رضاه وعندهما لا يتوقف
لانه شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وهذا لانه عقد تمليك على معنى ان المطالبة في كل مملوكة له وملكها بعقد الكفالة
والتمليك يقوم بالشطرين فكان كلام الواحد شطر العقد وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس قوله الا في
مسألة واحدة وهو ان يقول المريض لوارثه او لبعضهم تكفلوا عني ما علي من الدين لغرمائي فضمنوا به مع غيبة
الغرماء فانه جائز استحسانا وان كان القياس على قول ابي حنيفة ومحمد رح ان لا يجوز لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان
الا بقبوله ولان الصحيح لو قال هذا لوارثه او لغيرهم لم يصح اذا ضمنوا فكذا المريض لانه انما يصح بطريق الوصية
منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين لان الجهالة لا يمنع صحة الوصية ولهذا قالوا انما
يصح اذا كان له مال لان المريض في هذا الخطاب لورثته قائم مقام الطالب لحاجته اليه بتفريغ ذمته بقضاء الدين
من تركته وفيه نفع كما لو حضر الطالب بنفسه قوله وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول جواب عن اشكال
تقديره ان المريض لما جعل قائما مقام الطالب وجب ان يشترط قبوله بعد قوله تكفلوا كما يشترط قبول الطالب فقال
انما لا يشترط القبول من المريض بعد قول الوارث تكفلت لان كان قائما مقام الطالب لا ان غرضه في حال المرض انما هو تحقيق الكفالة

دون الطلب منه فصار قول الوارث تكفلت بمنزلة قوله بعض الامر بالنكاح فانه اذا قالت زوجني فقال زوجتك لا يشترط
القبول ويجعل منها حكماً للنكاح لا مساومة قوله ولو قال المريض ذلك لاجنبي حيث اختلف المشايخ فيه اعلم ان المريض
لو قال لاجنبي تكفل عني لاجنبي ثم يرجع عليه بالماسة فعل لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بدون الالتزام فكان المريض
في حقه والصحيح سواء او قيل يصح هذا الضمان لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع به
في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائماً مقام الطالب لتضمنه ذلك عليه لكونه على شرف الهلاك فيصح ذلك لانه نوع من
الصحيح يؤخذ به بالقياس قوله واذا مات الرجل وعليه ديون معناه اذا مات المديون مفلساً فتكفل رجل عنه
للغرماء لم يصح عند ابي حنيفة وعندهما يصح لانه كفل بدين واجب فيصح كما في حال حياته وهذا لان الدين كان واجباً عليه في
حياته فلا يسقط الا بالايفاء او الابراء او انفساخ سبب الوجوب والموت لم يتحقق شيء من ذلك ولهذا يؤخذ به في الاحكام
ولو تبرع انسان بقضائه دينه جاز التبرع عن الميت لو برأ الماطل لصاحبه الاحد من التبرع ولو كان بالدين كفيل بقي على كفالته
ولو سقط الدين بالموت يسقط عن الكفيل لان سقوط الدين عن الاصيل يوجب براءة الكفيل ولابي حنيفة انه كفل بدين
ساقط فلا يصح اذ الكفالة بالدين لا بد من قيامه وهذا لان الدين في الحقيقة فعل ولهذا يوصف بالوجوب وكان يجب عليه في حياته
فملك طائفة من ماله الحقيقة وبعد ما مات لا يتصور ذلك منه فيستحيل بقاؤه وانما الحق الدين بالمال في حق بعض الاحكام
كوجوب الزكوة وغيره لانه يؤول اليه في المال بواسطة الايفاء وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه اي بكفيله فعاد عاقبة
الاستيفاء فيسقط في حق احكام الدنيا ضرورة واذا كان به كفيل فخلفه باق وكذا اذا كان له مال فما يقضي له الاداء
باق لانه يستوفى من المال فيجعل باقياً في حق احكام الدنيا واذا تبرع به غيره صح لانه صحة تمليك المال لم يتعلق بوجود
الدين على ان صحة التبرع بناء على ان الدين باق في حق صاحب الدين لان سقوطه عن المديون للضرورة فيتقدر بقدر الضرورة
فيظهر في حق من عليه دون من له قوله ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره اي كفل عن رجل بالف فاعطى المطلوب الكفيل
ما ضمن قبل ان يعطي الكفيل الطالب المال لا يسترد المطلوب ذلك المال من الكفيل لانه تعلق بذلك حقاً للقابض على احتمال الرجوع كي
الدين بنفسه فلم يقطع هذا الاحتمال فليس له ان يرجع وانما ينقطع هذا الاحتمال بان ادى الاصيل بنفسه فاذا ادى بنفسه
يسترد من الكفيل ما اخذ وهذا كمن عجل زكوة ماله ودفعها الى الساعي واشترى شيئاً بشرط الخيار ثم نقد الثمن قبل مضي
الخيار ثم اراد ان يسترد قبل مضي الحول قبل الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكوة ويمنعا عند مضي الحول وسقوط
الخيار فما بقي ذلك الاحتمال ليس له ان يسترد لانه ملكه بالقبض لان المطلوب دفع المال اليه على جهة الاقتضاء بان قال له
اني لا امن ان يأخذ منك الطالب حقه فانا اعطيك المال قبل ان تؤديه بخلاف ما كان الدفع على وجه الرسالة بان قال المطلوب
للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكاً للكفيل بل هو امانة في يده ولكن لا يكون للمطلوب ان يسترد
من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطلوب بالاسترداد يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه قوله اما اذا قضى الدين
فظاهر لانه قبض ما هو واجب له عليه فيملكه من حين قبض فكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لان الكفالة
متى كانت بامر يوجب للكفيل دينا في ذمة المكفول عنه لكنه مؤجل الى اداء القضاء ولهذا قلنا ان المكفول عنه اذا رهن عنده

عند الكفيل بذلك الدين يصح ولو رهن الا بالدين ولو قال ابراء الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين
او وهبه منه يصح حتى لا يرجع على الاصيل بعد الاداء واذا كان ما حضر المطالبة الى وقت الاداء بحكم الاجل
فيملكه بالاستعجال كسائر الديون المؤجلة اذا عجلها المديون الا انه فيه حيث لما اتى بعده فلا يحل له الربح الملك فيما لا يتعين
لما سبق في البيوع قوله ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل من المكفول عنه وباعها وربح فيه فالربح له
في الحكم اي في القضاء لما مر انه ملكه ويستحب له ان يرد الربح على المالك اي المكفول عنه ولا يجبر عليه في الحكم وهذا عند
ابي حنيفة وعندهما هو له ولا يرد على الذي قضاه وهو رواية عن ابي حنيفة وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه
لان البرء صار ملكاً بالقبض لانه اقتضى حق المكفول عنه دينا مؤجلا فيطيب له الربح كما لو اقتضى صاحب الدين دينه
المؤجل وربح فيه ولا انه تمكن الخبث مع الملك فيما يتعين فيرده عليه او يتصدق به وهذا لان اقتضاه فاض غير حال
عن الشبهة لان المكفول عنه يتمكن من ان يقضيه بنفسه فيسترده منه عين ما اعطاه لان الاقتضاء بني على قيام المطالبة
دون حقيقة الدين فيمكنت الشبهة في الاقتضاء فكان الملك قاصراً فلو كان الملك صحيحاً من كل وجه لا يؤمر بالتصدق
والرد لا ايجابا ولا استحبابا فاذا كان صحيحا من وجه فاسدا من وجه امرناه بالتصدق او بالرد على المالك لان
الخبث لحقه استحبابا لا ايجابا لتوفر على الشبهتين حظهما فاما اذا اعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الوكيل وربح
لم يطب له الربح سواء كان عينا او ما يتعين لانه مودع والمودع اذا تصرف في الوديعة وربح لم يطب له الربح عند ابي حنيفة
ومحمد رح وطاب له عند ابي يوسف لما عرف قوله ومن كفل عن رجل بالف بامره الى اخره تفسير المسألة ان المكفول عنه
امر الكفيل ببيع العينة وهو تفسير الاعراض عن مبرة الاقراض وقيل باكل العينة فانها العينة وهو مخترع اكلة الربوا
وقد قال صلعم اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد بما تابع اذناب البقر الاشتغال
بالزراعة والاقبال عليها وبالعينة ان يأتي المحتاج الى رجل يستقرض منه عشرة دراهم فلا يرغب المقرض في الاقراض
طمعا في اصابة الفضل الذي لا يناله بالقرض فيقول له اشتر هذا الثوب وقيمته عشرة بثلاثة عشر الى اجل ليبيعه في السوق
بعشرة فيحصل له ربح درهمين ويسمى عينة لان المقرض اعرض عن القرض الى بيع العين اذا ثبت هذا فقول المسألة
فقع للكفيل لان الكفيل لم يصر وكيلا عنه بالشراء لانه لم يعين حريرا وانما قال تعين علي ومعنى كلمة ضمان لا كلمة توكيل
ومعنى الضمان هنا ان يقول المديون للضامن اشتر لي ثوبا بالنسيئة في السوق فيقضي به الدين فان امكنك ان تبيع
الثوب بمثل ما اشتريته فيها وما تحصل من الربح يكون في ذلك الا بالخسران فوا كائن علي غير ان هذا الضمان باطل لان الضمان انما يصح
بما هو مضمون على غيره وهو خسران ربحه الثمن غير مضمون على احد فبطل ضمانه ثم تقول الاخر بايع في هذا السوق
على ان يكل ضيعة وخسران يصيبك فانا له ضامن وعليه هو توكيل لانه اخرج الكلام مخرج الوكالة ولهذا ذكر في
بعض النسخ تعين حريرا مكان علي لكن التوكيل لا يصح للجهالة اذا لم يبين نوع الحرير ولا مقدار الثمن والمراد الزيادة على
قيمة الحرير مجهول كيف ما كان فالشراء للكفيل والربح الذي يحدث بائع ادانه ثوب على الكفيل لان الشراء لما وقع للكفيل
كان الفضل على قيمة الثوب على الكفيل قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه يعني ضمن رجل لرجل ما ذاب له عليه

او عما قضى له عليه او بما لزمه له ثم غاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل انه على المكفول عنه الف درهم لم يقبل بينته على
الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضى عليه لان شرط وجوب المال على الكفيل القضاء بالمال على الاصيل وهذا الشرط لم يوجد ولهذا
لانه كفل بدين موصوف وهو ما قضى به على الغائب اما في لفظ القضاء فظاهر وكذا في لفظ الذوب اللزوم لانه يراد بهما الوجوب
بجهة القضاء في عرفهم ولهذا لو اقر الكفيل لا يلزمه لانه ما اقر به لا يثبت الوصف لان المكفول ماله يقضي به وهذا الجار
وان كان للماضي فقد اريد به الاستقبال عرفا كما يقال اطال الله بقاءك والمدعي لم يعرض في دعواه ان القاضي قضى به بعد
الكفالة وليس من ضرورة كون الالف على الاصيل ان يكون قضى عليه ولزمه بعد الكفالة فسدت هذه الدعوى حتى لو قال
الطالب في دعوى المطلوب بعد الكفالة الى فلان القاضي واقمت البينة عليه بالف درهم وقضى به بذلك فصار كفيلا بذلك
صحت الدعوى حتى لو انكر الكفيل فاقام الطالب البينة عليه بذلك قضى القاضي على الكفيل والغائب بالالف لانه يثبت الوصف
حتى لو اقر لزمه والكفالة بامره وبغير امره سواء الا انه لا يرجع اذا كانت بغير امره **قوله** وقال زفر لا يرجع الكفيل
على المكفول عنه بما ادى لانه يزعم انه ليس بكفيل اصلا فضلا ان يكون كفيلا عنه بامره لان المدعي قد ظلمه بالبينة الكاذبة
وليس للمظلوم ان يظلم غيره وعندنا يرجع الكفيل عليه بما ادى لان الشرع كذبه في هذا الزعم حيث قضى عليه بالبينة فبطل
زعمه وانكاره وهذا كمن اشترى من غيره شيئا فاستحق عليه بالبينة كان له الرجوع بالثمن على البائع وان زعم صحة البيع وعدم
ولاية الرجوع لانه صار مكذبا شرعا في زعمه **قوله** ومن باع دارا اي اذا باع دارا فكفل رجل المشتري عن البائع بما ادركه فيه
من درك فكفالته بالدرك تسليم للبيع حتى لو ادعى الكفيل على المشتري ان الدار ملكه لا تسمع دعواه لان الكفالة اذا شرطت
في البيع توقف جواز البيع على قبول الكفيل في المجلس او اذا قبل في المجلس تم البيع كان الكفيل في هذه الدعوى ساعيا
في نقض ما اوجبه ومن سعى في نقض ما اوجبه ضل سعيه في الحيوة الدنيا وان لم يكن مشروطا في البيع فالمطلوب من هذه
الكفالة اتمام البيع واحكامه بان لا يرغب المشتري في هذه الدار خوفا من الاستحقاق الا بهذه الكفالة فيكون مراد الكفيل
بهذه الكفالة ان البائع مالك ولم يوجد جائز فاشتر هذه الدار وان لحقك درك فيما اشتريت فانا ضامن له فصار
الكفيل مقرا بملك البائع فلا يصح دعواه لنفسه بعد ذلك **قوله** ولو شهد ولم يكفل اعلم انه لو كتب شهادته على
صك الشرى وختم ذلك الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك ان الدار له صحت دعواه ولا يكون كتابة الشهادة على الصك
وختمه تسليما واقرارا ان المبيع ملك البائع لانه لا تنافي بين الامرين حيث انه يشهد لوجود البيع ولا يدل وجوده على
صحته ونفاذه لا محالة اذ البيع كما يوجد من المالك يوجد من غيره ولانه يقول انما كتبت شهادتي لاحفظ الحادثة او تأمل
ان في هذا العقد صار احتياج ردة او يعاجله اجرة والشهادة لا تكون مشروطة في البيع الفاخلاف ما مر حتى لو شهد
بالبيع عند القاضي وقضى بشهادته او لم يقض حتى ادعى بعده لا تسمع دعواه لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار
بصحة البيع باتفاق الروايات لان العاقد يقصد بشهادته الصحة والجواز فيصير دعوى الملك لنفسه بعد ذلك
مناقضا والتناقض يمنع صحة الدعوى واما كتابة الشهادة في الصك لا يتعلق بها حكم من الاحكام بل هي تحرير اخبار
بالبيع ولو اخبر ان فلانا باع هذا العبد ثم ادعاه بعده لنفسه صحت دعواه قال مشايخنا الجواب المذكور في

في كتاب الشهادة محمول على ما اذا اكتب شهد فلان البيع والشرا او كتب جرى البيع بمشهدي وكتب اقر البائع والمشتري
عندي اما اذا اكتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان في صك البيع باع فلان كذا وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو
كتب شهد بذلك فلا تصح دعواه بعد ذلك ومتى كان في صك البيع باع فلان كذا واقر انه باع بملكه والشاهد كتب شهد بذلك
تصح دعواه قولهم وختم اشارة الى عرف زمانهم فان الرجل اذا كتب شهادته في صك الشرا ختم في آخره حتى يكون في تلك علامة
للكتابة ولم يبق ذلك الرسم في زماننا

فصل في الضمان

قوله ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن اي اذا باع رجل
لرجل ثوبا بامره ثم ضمن الثمن عن المشتري للآمر او باع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب المال لا يصح لان حق القبض
للوكيل والمضارب ولهذا لا يبطل بموت الموكل حتى لو مات الموكل كان له ان يقبض الثمن وكذا لو نهاه الموكل عن قبض الثمن كان حق
لا يعمل بنهيه فلو صح الضمان لصار ضامنا لنفسه وانه لا يجوز بخلاف المامور ببيع الغنائم من جهة الامام اذا ضمن الثمن
عن المشتري حيث يصح ضمانه وبخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن المهر للمرأة عن الزوج لان كل واحد منهما سفير ومعبر
حتى لو نهاه الامام عن قبض الثمن صح نهيه والرسول في باب البيع اذا باع وضمن الثمن عن المشتري للمرسل صح الضمان
ولانهما امينان في الثمن الشرعي فاشتراط الضمان عليهما ابطال الحكم الشرعي كالمودع او المستعير يضمن للمودع او المعير
قوله وكذا لو رجلان باعا عبدا من رجل صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان لان الصفقة
اذا كانت متحدة فالثمن يجب لهما مشتركا بينهما فلو صح ضمان احدهما لصاحبه بنصفه شائعا لصار ضامنا لنفسه ولو طار
وهذا لانه ما من جزء يؤديه الا وهو مشترك بينهما فكان الضمان لهما لا لاحدهما مشتركا ضرورة ولو صح في نصيب شريكه خاصة
يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وهو باطل لان القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وما لم يصر حق كل واحد منهما
مفرزا في حيز على حدة ولا يتصور في الحيازة الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا دون الدين لانه شرعي ولانه قبل القبض
فعل في الفعل لا يحتمل القسمة **قوله** لو صح الضمان مع الشركة الى اخره قال في الفوائد لا معنى لهذا الترديد لان
الضمان مضاف الى نصيب شريكه فكيف يصير شائعا ولا معنى للقول بان فيه قسمة الدين قبل القبض لانعقاد الاجماع
على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الثمن يجوز وليس فيه قسمة الدين فكذا اذا ضمن احدهما نصيب شريكه ولكن التعويل
على ما قيل انه لو صح الضمان مع ما يؤديه الضامن يكون مشتركا بينه وبين المضمون له وكان له ان يرجع بنصفه على الشريك
لانه استحق بسبب حصته للآخر شاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كانه ما
ادى الى الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء **قوله**
لانه مجرد فعل لهذا لا يؤدى من تركته الا بوصية وهذا لان واجب الزكوة فعل هو عبادة والمال محل لاقامة ذلك الواجب.
ثم المال غير مضمون عليه حتى لو هلك لا يضمن شيئا والكفالة لا تصح بالعبادة ولا باعيان غير مضمونة بخلاف الخراج لانه
دين عند الحاجة **قوله** واما النوائب فان ارادها ما ينوب الانسان بحق فصحة الكفالة بها اتفاق وان ... تقضي
القاضي بكرى نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة او اي واحد من الكرى فانشق شريكه بامر القاضي يصير حصته الى
جزئيا في ذمته فصحت الكفالة بها لانه كفل بما هو مضمون على الاصيل وكذا اجرة الحارس ... مضمونه صح الضمان كما

وكذا ما وظف الامام على الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلى بيت المال عن المال واحتاج الى فداء اسارى
المسلمين فوظف على الناس مالا لاجل ذلك فهو واجب مضمون يصح الكفالة وان اريد بها النوائب التي يطالب الانسان بها من جهة
كالجبايات في زماننا لا يصح بها لان الكفالة لالتزام المطالبة بما على الاصيل هنا شرعا فلا يصح الكفالة وقال بعضهم منهم
فخر الاسلام على البزدوي رح يصح الكفالة بها لانها في حق توجه المطالبة فوق سائر الديون والعبرة في باب الكفالة للمطالبة
لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يوجر وان كان الاخذ في نفسه ظالما
ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كما لو قضى دين غيره بامره فاما القسمة فهي
النائبة بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة وهي المقاطعات التي توابيه في كل شهر
او ثلثة اشهر والمراد بالنوائب غير الراتبة كالجعل احيانا ويحتمل ان يقع وقيل المراد بالقسمة اجرة القسام قوله ووجه
الفرق ان المعترف بالدين هو سبب لوجوب المطالبة ثم ادعى لنفسه حقا على المقر له وهو تاخير المطالبة الى شهر والمقر له
ينكر ذلك والقول للمنكر في الشرع والضامن ما اقر بالدين فان الدين عليه في الاصح وانما اقر بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له
يدعي عليه حق المطالبة لنفسه في الحال والضامن ينكر ذلك والقول للمنكر ولان الاصل في الديون ان يجب حالا والاجل فيه من العوارض
لانه ان وجب قرضا او بدلا فظاهر وان وجب ثمنا فكذلك لانه يقابل بزوال ملكه عن المبيع ناجزا اذ الحاصل ما عليه
ظاهر حاله لا يرضى بزوال ملكه ناجزا الا ببدل ناجز ولهذا لا يثبت الاجل الا بشرط فكان القول لمن انكر العوارض كما اذا
ادعى احد المتعاقدين خيار الشرط وانكر الاخر فالقول للمنكر والاجل في الكفالة نوع وليس بعارض حتى يثبت بلا شرط
فوجب ان يقبل قوله في بيانه وقال الشافعي رح القول للمقر في الفصلين لان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل
فقد اقر باحد نوعي الدين فيكون القول له كما في الكفالة وذكر في المنتزع الشافعي رح الحق الثاني بالاول وهو مشكل لان الخلاف
منقول عنه كما حكينا فيحتمل ان يكون له قولان وكان لفظ المصنف والشافعي رح الحق الاول بالثاني وابو يوسف رح فيما روى
عنه الحق الثاني بالاول والعصر وقع من الكاتب قوله وكفل له رجل بالدرك فاستحق المبيع ليس للمشتري ان ياخذ الكفيل
بالثمن حتى يقضى له به على البائع لان الكفالة بالدرك كفالة بالثمن فلا بد من وجوب الثمن على البائع ليصير هو كفيلا به وبنفس الاستحقاق
والقضاء بالمبيع للمستحق لا يجب الثمن على البائع ما لم ينفسخ العقد ويجب الثمن على البائع اذا قضى القاضي بالثمن على البائع
ولهذا لو اجاز المستحق البيع صح البيع فانما يصير كفيلا اذا قضى بالثمن على البائع فقبل ذلك الكفالة فلا يكون للمشتري
ان ياخذ الثمن من الكفيل هذا جواب ظاهر الرواية فان العقد لا ينفسخ بمجرد الاستحقاق وحكم القاضي على ظاهر الرواية
ما لم يقض له بالثمن على البائع وهو الصحيح فلم يجب على البائع رد الثمن فلا يجب على الكفيل وهذا لان الاستحقاق لا ينفي ابتداء
البيع فاولى ان لا ينفي بقاءه بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي حنيفة رح
ان الخصومة من المستحق وطلب الحكم من القاضي لتلك الفسخ فينفسخ به البيع كما ينفسخ بصريح الفسخ حتى لا تعمل
اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف رح ان الحال الحسن بحكم الحاكم دليل الفسخ فينفسخ به البيع وعنه ان العقد ينفسخ
بالقضاء بالاستحقاق وعلى هذه الرواية للمشتري ان ياخذ الكفيل بالثمن اذا قضى عليه بالاستحقاق قوله فضمن له رجل

بالعهدة فالضمان باطل لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك
البائع في يده وعلى العقد لانها اخذت من العهد والعقد والعهدة سواء وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد
وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففي الحديث عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان
فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح اتفاقا لان ضمان الدرك ضمان الثمن عند ورود الاستحقاق
وهو المعهود فيما بين الناس وكان المضمون معلوما وهو قادر على الوفاء بما التزم فيصح فان قلت ينبغي ان يصرف
الى ما يصح الضمان به وهو الدرك تصحيحا للضمان قلت فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال
فيصل ضمان العهدة عند ابي يوسف ومحمد رح ضمان الدرك فكانت على الخلاف على هذا القول قوله
ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه فسره عندهما بتخليص المبيع عن المستحق وتسليمه لا محالة وهو باطل لانه
ضمن ما لا يقدر على الوفاء به ولو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن صح الضمان لانه ضمن ما يمكنه الوفاء به وهو تسليم
المبيع ان اجاز المستحق ورد الثمن ان لم يجز المستحق قوله وعندهما بمنزلة الدرك اي صح عندهما لان ضمان
الخلاص عندهما وهو ضمان الثمن ان عجز عن تسليم المبيع بورود الاستحقاق وهذا كالدرك معنى والله اعلم

باب كفالة الرجلين

لما فرغ من بيان احكام كفالة الواحد شرع في بيان كفالة الاثنين
وانما اخرها لان الواحد مقدم على الاثنين قوله لا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان ما عليه
من الدين اصل بحكم الدين وما عليه تبع بحكم الكفالة والتبع لا يعارض الاصل فيقع عن الاصل فاذا زاد المؤدي على النصف
سلمت الزيادة عن المعارضة انه يرجع بما عليه من الاصل باداء النصف فيقع الاداء بحكم الكفالة فيرجع بجميع ما ادى
فيما زاد على النصف بجميعه لانه هو اصيل المال ثابت في ذمته وفيما هو كفيل هو مطالب بما في ذمة غيره والمؤدي
ماله فيكون القاعدة عما عليه اجدر وهذا اقتصر لانه لا يحتاج الى الرجوع الى احد وهذا بخلاف ما اذا كاتب عبيدا الطريق ح
له على الف درهم على ان كل واحد منهم كفيل عن الاخرين به اذ كل واحد منهم سبيله لا يكون المؤدي عن نفسه خاصة بل يكون عنهم جميعا
لان هناك لو جعل المؤدي عن المؤدي خاصة لكان يعتق اذا ادى مقدار نصيبه ببراءة ذمته عما عليه من البدل
والمولى ما رضي بعتق احد منهم الا بوصول جميع المال اليه فيجعل عن نصيبه تحرزا عن شرط مذكور في العقد نصا
وهذا لا يجوز قوله يؤدي الى الدور بيانه انه لو جعل المؤدي عن صاحبه واراد ان يرجع عليه كان لصاحبه
ان يقول اديت بامري فاداؤك كادائي ولو اديت بنفسي كان لي ان اجعل المؤدي عما علي بحكم الكفالة فلي ان اجعل
ما اديت كذلك فاجعله عنك فيكون دورا فلا يفيد وفيما زاد على النصف لا يؤدي الى الدور لانه ليس لصاحبه
ان يقول اجعل ذلك عما عليك بحكم الاداء كادائي لان صاحبه لم يبق كفيلا عنه لان المؤدي بريء عما عليه من الاصيل
بخلاف المسئلة التي يليها لان في نفسها كل واحد منهما بحكم الاصالة شيء بل هو كفالة كله فيقع المؤدي شائعا فرجع به
الرجوع بنصف ما ادى على صاحبه ولان الدور انما بطل لانه لا فائدة فيه بخلاف عن الدور وهنا فائدة لان للمؤدي ان يرجع
بجميع ما ادى على المكفول عنه فلا يتصور الدور قوله ومعنى المسئلة في الصحيح ان كان احد منهما كفل بالمال

كله عن الاصيل وبالكل عن الشريك وصح الكفالة من الكفيل كما يصح من الاصيل وكما يصح الحوالة من المحال عليه فاذا ادى
احدهما شيئا وقع ذلك شايعا عنهما لاستوائهما اذ كل واحد منهما كفيل عن صاحبه وعن الاصيل بالكل الا الف فلا رجحان
لاحدهما على الاخر بخلاف ما سبق اذ هناك النصف بجهة الاصالة والنصف بجهة الكفالة وجهة الاصالة اقوى فيرجع
على شريكه بنصفه ولا يودي الى الدور الى اخر ما قرر في المتن **قوله** وهذا العقد جائز استحسانا والقياس ان لا يصح
لانه شرط فيه كفالة المكاتب الكفالة بدل الكتابة وكل منهما باطل فيكون شرطهما في الكتابة فاسدا اذا الكتابة تفسد
بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان ان يصرف الانسان الى جهة التصحيح بقدر الامكان وقد امكن تصحيح هذه
الكتابة بان يجعل المال على كل واحد منهما والاخر تابع له في حقه يتعلق عتقه بادائه كالمكاتبة يكون عليها المال والولد
تبعها فكان كل واحد منهما في حق نفسه كان المال عليه وصار كفالة ما عليه اصله وكفالة المكاتب بما على اصله جائزة فصار
كل واحد منهما اصلا في الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه بالكل ويطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال لحكم الكفالة فاذا
ادى احدهما شيئا وقع بين كل البدل يقع عن صاحبه بنصفه لكن لاستوائهما فيرجع بنصفه ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة
قوله ولو لم يود شيئا حتى اعتق المولى احدهما صح لانه ملكه ويرى عن النصف لانه لم يلتزم به الا ليتسلم رقبته وقد
سلمت فلم يكن راضيا بالتزامه فيسقط وبقي النصف على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما الى اخر ما قرر في المتن

باب كفالة العبد وعنه

لما فرغ من بيان كفالة الاحرار شرع في بيان
كفالة العبد بناء على تقديم الاصول على الفروع **قوله** ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق بان اقر باستهلاك
مال وكذبه سيده او اقرضه انسان وباعه وهو محجور او وطى امراة بشبهة بغير اذن المولى **قوله** ولم يسم حالا او غير
حال يوجد الكفيل به حالا اما صحة الكفالة فلانه كفل بدين مضمون على الاصيل واما الحلول فلان الدين على العبد حال
لوجود سببه وانما لا يطالب العبد قبل العتق لعسرته اذ جميع ما في يده ملك سيده لا لكونه مؤجلا ولا عسرة في حق الكفيل مع وجود
المحال كما لو كفل عن غائب فانه يوجد وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل او كفل عن مفلس العاقد وحال بينه وبين خصمه
فان الكفيل يوخذ به للحال وان لم يكن الاصيل يواخذ به في الحال لان عدم المواخذة في حق الاصيل لعسرته لا لشرط
الاجل ولا عسرة في حق الكفيل ايضا لان المطالبة باخر عنه بما تاخر الكفيل لزم المطالبة بذلك الدين ولزمه كذلك مؤجلا
ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب انما يرجع عليه بعد العتق فكذا الكفيل لانه قام مقامه **قوله** ومن
ادعى على عبد مالا فكفل رجل بنفس العبد فمات العبد برى الكفيل فان ادعى رقبة العبد فكفل بنفس العبد رجل فمات
العبد وبرهن المدعي انه كان له ضمن الكفيل قيمة العبد والفرق ان في المسئلة الاولى كفل بتسليم نفس العبد عن
العبد فاذا مات العبد سقط عنه تسليم نفسه الى مجلس القاضي وبرى عنه الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل
كما لو كان المكفول بنفسه حرا ومات وهذا لان محل ما التزمه ما هو العبد وكما لا يتصور التزام التسليم ابتداء بلا محل
لا يتصور بقاؤه بعد فوات المحل وفي المسئلة الثانية انما كفل بتسليم رقبة العبد عن ذي اليد لان المدعي يزعم ان ذا اليد
غاصب ضامن والكفيل التزم ما على ذي اليد من رد العبد على وجه يخلفه قيمته فاذا مات العبد وقامت البينة على ان العبد ملك

المدعي ظهر ان ذا اليد كان غاصبا للعبد ووجب عليه ضمان القيمة خلفا عن العبد على الكفيل كذلك لان الكفالة شرعت
لضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل بما كان على الاصيل مطالبته فاذا تحولت المطالبة عن عين العبد الى القيمة في
حق الاصيل تحولت في حق الكفيل ايضا **قوله** ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى يصح كفالته
بالمال على المولى بامره لانه اذا لم يكن عليه دين صح امر المولى اياه بالكفالة ويصح تصرف المولى فيه لفراغ ذمته عن
تعلق حق الغير الا ترى انه يملك ان يجعله مشغولا بالدين بان يقر عليه بالدين فكذا له ان يأذن حتى يكفل عنه بخلاف ما اذا
كان مديونا لان مولاه صار كالاجنبي عنه حتى لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه فكذا لا يملك امره بالكفالة واما كفالته
عن العبد فصحيحة بكل حال سواء كان العبد مديونا او لا وانما يرجع الكفيل على المكفول عنه بما ادى عنه فرجع
لان الكفالة بالامر سبب للرجوع وانما لم يرجع في حال كونه عبدا لمانع الرق فاذا اعتق زال المانع مع قيام السبب فثبت لانه
الرجوع عملا بالسبب قلنا ان الكفالة وقعت غير موجبة للرجوع لاستحالة ان يجب لاحدهما دين على الاخر فلا
تنقلب موجبة للرجوع كمن كفل لغيره بغير امر المطلوب ثم بلغه فاجازه فانه لا يرجع عليه بالاتفاق كذا هذا **قوله**
ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة حر كفل به او عبد لما مر ووجه اخر وهو ان للعبد ان يعجز نفسه في كل وقت اذا
عجز نفسه سقط مال الكتابة فلو صحت الكفالة به على هذا الوجه لما حصل المقصود وهو الاستيثاق لان
الكفيل لا يقدر ان يقول كل وقت انا عاجز لانه حينئذ يكون مخيرا بين ان يودي وبين ان لا يودي وقد كان الضم يتحقق
بين المختلفين ولان ما على الكفيل يبقى لما على الاصيل وجوازه بهذا الطريق له هذا الحد بدل الكتابة فلم تعد فائدة
ولو صحت مطلقة بطل معنى الضم اذ من شرطه الاتحاد لان الضم لا يتحقق بين المختلفين ولان ما على الكفيل تبع لما
على الاصيل وجوازه بهذا الطريق يتضمن ترجيح التبع على الاصل **قوله** وبدل السعاية كبدل الكتابة عند ابي حنيفة
اي فلا يصح كفالة احد عنه لانه كالمكاتب عنده وعندهما حر عليه دين فيصح الكفالة به والله اعلم

باب الحوالة

وجه المناسبة بين البابين ان الكفالة لتوثق جانب الوجوب للمطالبة
والحوالة لتوثق جانب المحيل لان الانسان انما يقبل الحوالة اذا كان المحال عليه املا واحسن قضاء منه او في
الحوالة نقل الدين والمطالبة وفي الكفالة نقل المطالبة اعلم ان الحوالة اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بماله
على رجل فاحال زيد به على الرجل فانا محيل وزيد محال والمال محال به والرجل محال عليه ومحال في الفاعل محتال
بالكسر في الفاعل وبالفتح في المفعول وقول القوم للمحتال المحتال له لغو لانه لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال حويل قياسا
على كفيل وضمين واصل التركيب دال على الزوال والنقل وهي في الشريعة نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه
وهي جائزة بالدين قال عليه السلام من احيل على ملي اي غني فليتبع فالامر بالاتباع دليل الجواز وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس
على ما اعتادوه من الوكالة والكفالة والحوالة لانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح دفعا للحاجة **قوله** وانما
اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والنقل في الدين لا في العين لان هذا نقل شرعي والدين وصف شرعي يوثر
ظهر اثره في المطالبة مجازا لو ورد النقل الشرعي في الاعيان شرعا اما العين فحسي فلا يستقل بالنقل الشرعي

بل يحتاج الى النقل الحسي **قوله** ويصح برضا المحيل اي المديون والمحتال اي الدائن والمحتال عليه اي الذي قبل
الحواله والكل معروف في المتن **قوله** لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره وهذا لان المحيل كالمكفول عنه وتصح
الكفالة بلا رضا المكفول عنه فكذا تصح الحواله بلا رضا المحيل **قوله** وقال زفر لا يبرأ المحيل اعتبارا بالكفالة
لان المقصود بها التوثق اي ازدياد المطالبة كما في الكفالة لا في سقوط ما كان له من المطالبة ولنا ما قاله الشيخ
ان الاحكام الشرعية يكون على وفق المعاني اللغوية ومعنى الكفالة الضم فمقتضى ان يكون موجبها ضم الذمة الى
الذمة وذا لا يتحقق مع براءة ذمة الاصيل ومعنى الحوالة النقل وذا لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل لان
الدين متى انتقل عن ذمته لا يبقى فيها والاستيثاق يحصل باختيار من هو املى من المحيل او احسن منه في القضاء **قوله**
وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل الى اخره جواب سؤال وهو ان يقال لو انتقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال
عليه لما اجبر على القبول اذا نقد المحيل كما لو تبرع انسان بقضاء دينه فقال لانه يحتمل عود المطالبة الى المحيل بالتوى
فلم يكن متبرعا فان قلت هو متبرع حال اداء الدين اذ لا دين عليه في الحال قطعا وما ذكرت موهوم قلت المتبرع
من يقصد الاحسان الى الغير من غير ان يقصد دفع الضرر عن نفسه اصلا وهو بهذا الاداء قصد دفع الضرر عن
نفسه حيث يسقط من نفسه المطالبة والحبس حال اعادة الدين عليه بالتوى فلا يكون متبرعا **قوله** وقال
الشافعي رح لا يرجع وان توى يعني لا يعود الدين الى ذمة المحيل وان توى لان ذمته برئت مطلقة لانها برئت
بالحوالة وهي مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد لان الساقط لا يعود كما لو برئ بالابراء ولنا ما روي عن عثمان رض
موقوفا ومرفوعا في المحتال عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم
ولان الغرض من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف في الوجوب
وانما تختلف في حق الايفاء فصار السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول لما انها المطلوب فاذا لم يحصل
المشروط عاد حقه في الاصل كما كان ولان البراءة حصلت بطريق الاستيفاء فاذا لم يسلم له من المحل الذي انتقل اليه
يعود حقه الى المحل الذي انتقل عنه كما لو اشترى بالدين شيئا وهلك قبل القبض فان حقه يعود كما كان فكذا
هنا والجامع انها سبب يحتمل الفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت فلما ان ذلك السبب يحتمل الفسخ **قوله**
وهذا بناء على ان التفليس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح فقد يصبح الرجل فقيرا ويمسي
غنيا وبالعكس وعندهما يتحقق حتى يعتبر في حق اخراجه من السجن فكذا في حق غيره اعلم انه لو مات المحتال عليه مفلسا
وترك كفيلا كفل عنه بامره او بغير امره لا يعود الدين الى ذمة المحيل لانه ترك ذمة يطالب بالدين كذمته فعدم التوى ولو ترك
وهنا رهنه غيره بامره او بغير امره وسلطه على البيع او لم يسلطه يعود الدين الى المحيل لان عقد الرهن لا يبقى بعد
موت المحتال عليه مفلسا لانه لما مات مفلسا لم يبق الدين والرهن بالدين لا بدين محال **قوله** والقول قول المنكر بناء على
ان الاصل فراغ الذمة **قوله** واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لي قبض
مالي على فلان ولا شيء لك علي فقال المحتال بل احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان الفراغ اصل في الذمم والمحيل متمسك

بالاصل والمحتال مثبت بالعارض فكان اعتبار الاصل اولى فان قلت اذا احاله فقد اقر بالدين لان الحوالة نقل الدين من ذمته الى
ذمة قلت الحوالة يستعمل في نقل التصرف على طريق التوكيل ولهذا قال محمد رح اذا صار مال المضاربة دينا على الناس وامتنع
المضارب عن التقاضي يقال له احل رب المال على الغرماء اي وكله ويستعمل في نقل الديون فلم يكن حجة للمحتال على المحيل صار
معترفا بالدين بل لما كان محتملا كان القول قول من انكر مع يمينه ووجب القول بالاخذ وهو التوكيل **قوله** ومن اودع
رجلا الف درهم واحال بها عليه اخر الجملة في هذا ان الحوالة نوعان مقيدة بدين على المحتال عليه او بعين في يده
بغصب او وديعة او غير ذلك ومطلقة بان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيدها بدين ولا بعين او يحيله على رجل ليس
عليه دين ولا في يده عين له والحوالة المقيدة كما تبطل بموت المحتال عليه مفلسا تبطل بفوات ما قيد به الحوالة اذا كان
الفوات لا الى خلف اما اذا كان الفوات الى خلف فلا تبطل الحوالة لان الفوات الى خلف كلا فوات وحكم الحالة الثانية
على مديونه ليحطه من دينه او وديعته او غصبه صح لان الحوالة المقيدة بمنزلة امر بالاداء من عين الانفراد وهو
توكيل المحتال بقبض الدين والعين من المحتال عليه بتسليم ما عنده او عليه الى المحتال لكن عند الاجتماع ولا يأخذ ذلك المحيل ح
من المحتال عليه لتعلق حق المحتال به كالرهن فانه لا يملك الراهن مطالبته لتعلق حق المرتهن به وليس للمحتال عليه ان يدفعها
الى المحيل لما ذكرنا فان دفع ضمن للمحتال لانه استهلك ما تعلق به حق المحتال فان مات المحيل وعليه ديون قبل ان يقبض
المحتال من الحوالة فالدين الذي للمحيل على المحتال عليه يقسم بين غرماء المحيل والمحتال اسوة وعند زفر رح كان ذلك
للمحتال على الخصوص لانه اختص به في حيوته فكذا بعد مماته كالرهن في حق المرتهن ولهذا لم يملك المحيل ابطاله
بالابراء والهبة ولنا ان الدين في ذمة المحتال عليه على ملك المحيل قبل قبض المحتال لانه لو صار ملكا له لكان يملك الدين
من غير من عليه الدين ولهذا لو بطل حق المحتال بالابراء كان المحيل احق به واذا بقي على ملك المحيل صار بين غرمائه
بالحصص ولم يختص المحتال به لان الاختصاص بملكه رقبة او يدا والدين على الغير لا يفيد التمليك بوجه ما بخلاف
الرهن لانه ملكه يدا لانه بقبضه صار مستوفيا من وجه وكان اخص به من بين سائر الغرماء واذا قسم الدين بين
غرماء المحيل لا يرجع المحتال بحصة الغرماء على المحتال عليه لان الحوالة كانت مقيدة بدين كان عليه وقد استحق ذلك فبطل
الحوالة لفوات ما قيدت به ولو هلكت الوديعة او استحق المغصوب او الوديعة بطلت الحوالة اما اذا هلكت الوديعة فلان
المحتال عليه لا يلزمه الاداء من محل بعينه فلا يلزمه الاداء من محل اخر فبرئ لهلاكها وكذا لو استحقت الوديعة واما اذا
استحق المغصوب فلانه وصل الى مالكه ووصول المغصوب الى مالكه يوجب براءة الغاصب عن الضمان فصار ما قيدت به
الحوالة لا الى خلف فبطل الحوالة وان هلك المغصوب لم يبطل الحوالة لانه فات الى خلف وهو الضمان والخلف يقوم مقام الاصل
فكان المغصوب قائما معنى فلا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة لانها هلكت لا الى خلف لان الوديعة امانة فالحوالة لا تخرج
من ان تكون امانة وهلاك الامانة لا يوجب الضمان على الامين فما تقيدت به الحوالة فات صورة ومعنى فبطل الحوالة **قوله**
بخلاف المطلقة الى اخر تفسير المطلقة يعني لو احاله حوالة مطلقة لا يتعلق حق المحتال بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه ولا بالوديعة
او الغصب الذي عنده بل يؤديه المحتال عليه ويجب على المحتال عليه اداء دين المحتال من مال نفسه وللمحيل ان يقبض دينه ووديعته

وعصمه من المحال عليه ولا يبطل الحوالة باخذه بخلاف الحوالة المقيدة لانه لو لم يبطل كان سد الشيء اركهم اسها في الحوالة
سطل لفوات العقد ويعود الدين على المحيل فيصير غريم المحيل هذا خلافه واذا ادى المحال عليه دين الحوالة من مال نفسه
رجع على المحيل وصار غريمه له فيحاصص غرماؤه فيما احرزوا ولو كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحتال عليه فابرا المحال
المحال عليه عن دين الحوالة رجع المحيل بدينه على المحال عليه لان دينه بعد الحوالة باق على ملكه وانما لم يملك قبضه لانه تعلق به
حق المحال فاذا زال حقه بالابراء فله ان يرجع ولو وهب المحال للمحال عليه او مات المحال فورثه المحال عليه لم يرجع
المحيل على المحال عليه بدينه لان المحال عليه ملك الدين بالهبة او الارث لانهما من اسباب الملك بخلاف الابراء لانه اسقاط
لا تمليك فلم يملك المحال عليه ما في ذمته بالابراء وان لم يكن للمحيل على المحال عليه دين ففي الهبة والارث يرجع المحال
عليه على المحيل لانه ملك دين الحوالة بالهبة والارث ولو ملكه بالاداء يرجع فكذا اذا ملكه بكن م
بالهبة والارث وفي الابراء لا يرجع لانه لم يملك شيئا فان جنس المودع الوديعة وادى من مال نفسه لم يكن متبرعا
استحسانا لحصول المقصود الآمر كالوكيل بالشراء بلا تعلق على مال الموكل وبقضاء الدين اجر العبد او العتق
او قضى من مال نفسه وعنده مال الموكل فانه لا يكون متبرعا استحسانا قوله وتكره السفاتج جمع سفتجة
بضم السين وفتح التاء تعريب سفته وصورته ان يدفع الى تاجر عشرة قرضا ليدفع الى صديقه ليستفيد به
سقوط خطر الطريق فان لم تكن المنفعة مشروطة ولا كان فيه عرف ظاهر اي لا يكون في الطريق كفار او لصوص
ياخذ مال المار فلا باس به وانما اورده في الحوالة لانه احال الخطر المتوقع على المستقرض فيكون في معنى الحوالة

باب ادب القاضي

وجه المناسبة بين البابين انه لما فرغ من
بيان احكام المعاملات اصولا وفروعا وهي لا تخلو عن المنازعات احتاج الى بيان ما يقطع به المنازعة وهو
القضاء وبيان صفات من يقضي وبيان ما يحتاج اليه ومنها الشهادة الادب اسم يقع على كل رياضة محمودة
والادب للقاضي ما ذكر من شرائط الشهادة وغيرها والقضاء عبارة عن الاحكام لغة وعن الالزام شرعا وهو
ومأمور به بالكتاب قال الله تعالى وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ والسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث عليا
ومعاذا رضي الله عنهما والاجماع والمعقول ففي القضاء بالحق اظهار العدل وبه قامت السموات والارض
ودفع الظلم من الجاهل وهو مما دعا الله عمل كل عاقل وانصاف المظلوم الملهوف والنهي عن المنكر والامر بالمعروف
ولاجله بعث الرسل والانبياء وكان عليه الخلفاء والعلماء واهل القضاء اهل الشهادة لان كل واحد منهما من
باب الولاية اذ كل واحد منهما تنفيذ القول على الغير ولان كل واحد منهما الزام فالشهادة قاضيا والالزام قوله
والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا ان الاولى ان لا يقلد الفاسق لانه لا يؤمن عليه لقلة مبالاته [illegible]
فسقه كما في حكم الشهادة فان الاولى ان لا يقضي القاضي بشهادة الفاسق ولو قضى يجوز عندنا قوله ولو كان
عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل في ظاهر المذهب وعليه القاضي فخر الدين رح اجمعوا انه اذا
ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقيل اذا اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ قضاؤه وقال

الشافعي رح لا يجوز قضاء الفاسق كما لا يقبل شهادته عنده قوله قيل معناه لا يصلح الفاسق مفتيا لان
مبناه على الامانة والاحتراز عن الخيانة ولان الفتوى من امور الدين وخبر الفاسق لا يقبل في الديانات قوله
واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رح لقوله عليه السلام القضاة ثلثة قاضيان في النار وقاض في الجنة اما اللذان
في النار فالجاهل والجائر واما الذي في الجنة فالعالم العادل لانه مأمور بالقضاء بالحق ولا امر بلا قدرة ولا قدرة بلا علم
معدوم ما قاله اصحابنا رح ان المقصود اتصال الحق الى المستحق وقد يحصل اذا عمل بفتوى غيره والحديث محمول على الجاهل
الذي يجهل بجهله ولا يرجع الى العلماء قوله فينبغي للمقلد ان يختار للقضاء من هو اقدر عليه واولى به ولا يكون
فظا غليظا جبارا عنيدا لانه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في القضاء وقال صلى من قلد غيره عملا وفي رعيته
من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين قوله وفي حد الاجتهاد كلام اعلم ان الاجتهاد
في اللغة بذل المجهود لنيل المقصود وفي الاصطلاح هو بذل المجهود في استخراج الاحكام من شواهدها الدالة
عليها وقيل هو طلب الصواب بالامارة عليه واصح ما قيل في حد المجتهد ان يكون قد حوى اي جمع علم الكتاب بمعانيه
اي مع معانيه لغة وشرعا ووجوهه التي ذكرت في الاصول من الخاص والعام والمشترك الى اخره وزاد بعضهم حفظ
نظمه لان الحافظ اضبط لمعانيه من الناظر فيه وقيل لا يشترط بل يجوز الاقتصار على الطلب والنظر فيه كما في السنن
وقيل يجب ان يحفظ ما اختص بالاحكام لا غير وعلم السنة بطرقها اي مع طرقها من التواتر والشهرة والاحاد
ويجب ان يعرف بعض الخبر ايضا انه روى بلفظ الرسول صلى الله عليه وسلم او نقل بالمعنى ولا يعرف وجوه معانيه
لغة وشرعا مثل الخاص والعام وسائر الاقسام المذكورة في الاصول وذكر الغزالي رح ان للاجتهاد شرطين احدهما
ان يكون محيطا بالمدارك المثمرة للاحكام وان يعرف كيفية الاستثمار والثاني ان يكون عدلا مجتنبا عن المعاصي وهذا
شرط لجواز الاعتماد على قوله والمدارك المثمرة اربعة الكتاب والسنة والاجماع والعقل ولا يشترط معرفة
جميع الكتاب بل معرفة ما يتعلق به الاحكام وذلك مقدار خمسمائة اية وكذا لا يشترط معرفة جميع السنة بل ما
يتعلق به الاحكام دون ما يتعلق به المواعظ واحكام الاخرة ولا يلزم حفظها بل يكفيه ان يكون عنده اصل مصحح
لجميع احاديث الاحكام كالصحيح للبخاري او المسلم وغيرهما واما الاجماع فينبغي ان يتميز مواقع الاجماع حتى
لا يفتي بخلاف الاجماع كما يجب معرفة النصوص ولا يلزم ان يحفظ جميع مواقع الاجماع والخلاف بل كل مسئلة يفتي
فيها ينبغي ان يعلم ان فتواه ليست مخالفة للاجماع وان يعرف وجوه القياس اي طرقه وشرائطه كما عرف في باب القياس
وذكر الغزالي رح محاصله لكن يشترط ان يعلم بلا فنون علم الحديث علم اصول الفقه وعلم اللغة واما علم الكلام
فليس بشرط وحكم الاصابة بغالب الراي اي حكم الاجتهاد ظني لا قطعي حتى قلنا ان المجتهد يخطئ ويصيب وقالت المعتزلة
كل مجتهد مصيب وهو قول الاشعري والقاضي ابي زيد والغزالي رح فالحاصل ان الحق في موضع الخلاف واحد عندنا
وعندهم متعدد وهذا في الشرعيات واما اخذ الطرفين فيعرف في الاصول قوله وان يكون صاحب قريحة قريحة
الرجل طبيعته التي جبل عليها لانها اول والقريحة اول ما يخرج من البئر حين يحفر وقيل القريحة الفطنة وقيل الذهن

قوله يعرف بها اي بما يعرفه عادات الناس لان القياس قد يترك بالعرف الا يرى انه ترك في الاستصناع لوجود عرف بخلاف العادة
قوله ولا باس في الدخول في القضا لمن يثق بنفسه هذا ليس لمن يطلب القضاء فانه ذكر بلفظ لا باس لمن يثق بنفسه
فكيف لا يثق لا يبالي لقوله صلى عدل ساعة خير من عبادة سنة يدل على انه افضل حلاله ولفظه لا باس يدل على ان الافضل
تركه لانه في حديث اخر يجاء بالقاضي العدل يوم القيامة ويلك اخذ تعباه الحديث وقال صلى من ابتلى بالقضا فكانما
ذبح نفسه بغير سكين ولهذا امتنع كثير من العلماء كالشعبي وابي حنيفة وغيرهما رح فقد روي ان ابا حنيفة رضي الله عنه
حبس وضرب لاجله مرارا حتى قال له ابو يوسف رح لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه شبه المغضب وقال لو امرت ان
اقطع البحر بسباحة اكنت اقدر عليه وكاني بك قاضيا ولا يخرجك ... الحديث بالقاضي الجائر والاسلاء بالبلاء
الذي هو بحمه فان في ذلك من مساوي السلطان المريد وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم توقف القاضي العادل يوم
القيمة لسانه بين جمرتين حتى يفرغ الله من حساب الخلوق يوما كان مقداره خمسين الف سنة وهذا محمول على من لا يمكنه
القيام به ويضيع عنه فيودي الى تضييع الاحكام ولان النبي صلى ولي عليا القضا ولو كان لهذا الوعيد على الدخول
فيه على الاطلاق لم يوله اعلم انه يكره التقلد لمن يخاف الحيف فيه وان امن منه لا يكره لان اصل القضا فريضة محكمة وسنة
متبعة وقد باشره الصحابة والتابعون ومضى عليه الصالحون لكنه فرض كفاية لانه ما فرض بعينه بل لغيره وهو
قطع المنازعات بين العباد ودفع لاسباب الحقد والفساد وهذا يحصل باقامة البعض فلا معنى للوجوب على الكل لكنه
انما ساغ الدخول في القضا لمن يثق بنفسه انه يودي فرضه ويكره الدخول لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه
وقيل يكره الدخول فيه مختارا لقوله صلى من ابتلي بالقضا الحديث قوله والصحيح ان الدخول رخصة في القضا طمعا في
اقامة العدل بالحديث عدل ساعة خير من عبادة سنة والامتناع عنه عزيمة لانه مامور بالقضا بالحق بما يظن الابتلا
انه يقضي بالحق ثم لا يقدر عليه في الانتهاء ولانه لا يمكنه القضا الا باعانة غيره ولعل غيره لا يحسنه قوله واخلاء
العالم عن الفساد والحديث محمول على من كان طالبا للقضاء قوله ويجب ان لا يطلب الولاية اي بقلبه ولا يسئلها
اي بلسانه لقوله صلى من سال القضا وكل اي ترك الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده اي يلهمه الرشد
ويوفقه الصواب لان من سال القضاء فقد اعتمد على علمه وورعه وفطنته فصار محجوبا فلا يلهم الرشد ويحرم
التوفيق ومن اجبر عليه فقد اعتصم بحبل الله وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد ويوفق الصواب قوله
لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية اي بعدما اظهر الخلاف مع علي كرم الله وجهه والحق كان مع علي رضي الله عنه
في نوبته قوله ومن تقلد القضا يسال ديوان القاضي الذي قبله وديوان القاضي الخرائط التي فيها نسخ السجلات
والصكوك والمحاضر ونصب الاوصيا والقيم في اموال الوقف وتقدير النفقات وهذا لان القاضي يكتب نسختين
احديهما تكون في يد الخصم والاخر يكون في ديوان القاضي لانه ربما يحتاج اليها المعنى من المحاضر وما في يد الخصم لا يومن
عليه من الزيادة والنقصان قوله ثم ان كان البياض الذي كتب عليه القاضي المعزول هذه النسخ من بيت المال يجبر على الدفع
لان ذلك انما كان في يده لعمله وقد صار العمل لغيره فلا يترك في يده وكذا ان كان من ماله او من مال الخصوم في الصحيح لانه

ما اتخذه للتمول بل للتدين وكذا الخصوم يتركونه في ذلك لعمله وقد تحول العمل الى غيره قوله ويبعث امينين اي يبعث
رجلين من ثقاته لقبض الديوان بحضرة المعزول او امينه والواحد يكفي والارسال احوط ويسالان القاضي المعزول شيئا
فشيئا ما كان من نسخ السجلات يجمعان في خريطة وما كان من نصب الاوصياء واموال اليتامى يجمعان في خريطة وما كان
من تقدير النفقات يجمعان في خريطة وما كان من نسخ قيم الاوقاف يجعلان في خريطة وما كان من الصكوك يجمعان في خريطة
لان هذه النسخ كان يجب يعرفها القاضي المعزول فلا يشتبه شي من ذلك حتى احتاج الى نسخة منها فاما القاضي المقلد
فيشتبه لو لم يجمعا كل نوع في خريطة ولو احتاج الى نوع منها يحتاج الى التفتيش جميعها وانما يسالان القاضي
المعزول وان لم يكن قوله حجة لانه بمنزلة واحد من الرعايا ليكشف عليهما ما اشكل عليهما ومن قصادك لكتمان ذلك
احترازا عن الزيادة والنقصان قوله وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا للمسلمين فمن اقر بحق او انكر
فقامت عليه بينة الزمه اياه قوله حتى ينادى عليه اي يامر مناديا ينادي كل يوم اذا جلس من كان يطلب فلان
فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والا فراى القاضي ان يطلقه ينادي كذلك اياما
فان حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه فان لم يحضر خصم واحد منهم كفلاء بانفسهم واطلقهم قوله ويعمل
في الودائع وارتفاع الوقوف اي غلاتها فيعمل على ما تقوم به البينة او الاقرار لان كلا منهما حجة قوله ولا يعمل
بقول المعزول لانه بمنزلة واحد من الرعايا قوله الا ان يقر ذو اليد ان المعزول سلمها اليه لانه ثبت باقراره ان
اليد كانت للقاضي فكانه في يده في الحال لانه لو كان في يده مال اخر اقر بذلك المال لانسان يعمل باقراره كذا هذا قوله
الا اذا بدا بالاقرار لغيره اي الا اذا بدا ذو اليد بالاقرار لغيره فيسلم الى المقر له اولا لسبق حقه ثم يضمن للقاضي
المعزول قيمة ذلك او مثله باقراره ان اليد كانت له فاتلفه على المعزول ويسلم الى الذي اقر القاضي له قوله والمسجد
الجامع اولى اي اعلم بمجلس القاضي ينبغي ان لا يكون مختفيا على الغرباء واهل البلدة والمسجد الجامع في كل بلدة اشهر المواضع
ولا يخفى على احد قوله وما يجس بالنص وهو قوله تعالى انما المشركون نجس والحائض وهي ممنوعة عن دخوله لقوله
صلى فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب ولانه بني لذكر الله تعالى لا للخصومات الصادرة عن الانسان في لغا وقوله صلى
انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم فيستوي بينهما فكان عبادة كالصلوة فيقام فيها قوله كما اذا كانت الخصومة
في انه فانه يخرج القاضي لسماع الدعوى والشهادة من الشهود والاشارة اليها الى باب المسجد كذا قاله قوله
ولا يقبل هدية لانه صلى قال هدايا الامراء غلول وقال عليه السلام هدايا الولاة رشوة قوله الا من ذي رحم محرم لانه
من صلة الرحم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لانه لا يصير اكلا بقضائه بل باعتبار المعتاد بينهما قوله
وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد يرد الزيادة لانه انما زاد لاجل القضاء قوله ولا يحضر دعوة اي دعوة خاصة
لانها لاجل القضا فيصير اكلا بقضائه قوله الا ان يكون عامة كالعرس والختان لانه لا تهمة فيهما ولانه
صلى كان يجيب الناس يحضر الدعوة وكان يقول من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم ولان الدعوة اذا كانت
عامة لا يكون القاضي مقصودا بخلاف ما اذا كانت خاصة لان المقصود حينئذ هو القاضي فيصير اكلا

بقضائه والصحيح ان المضيف لو علم ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها فهي خاصة وان كان يتخذها فهي عامة وان كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه وان كانت الدعوة خاصة لان اجابة دعوته صلة الرحم الا ان اجابة دعوته صلة الرحم فيجوز لقبول هديته كذا ذكر الخصاف رح بلا خلاف قوله صلعم للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين وتشميت العاطس ورد السلام وابرار المقسم ونصرة المظلوم وحق المسلم لا يسقط عنه بتقلد القضاء لكنه لا يطيل المكث في ذلك المجلس وهذا اذا لم يكن المريض من المتخاصمين فان كان فلا ينبغي ان يعود قوله واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في الجلوس والاشارة والنظر ليس عن يسار احدهما واسارته وتلقين حجته وضيافته والضحك في وجهه والمزاح معه او مع غيره وتلقين الشهادة لان ذا يكسر قلب الاخر ويلحق به تهمة الميل فربما يذهب ويترك حقه حذار جوره ومعنى تلقين الشاهد ان يقول له اتشهد بكذا وكذا لان فيه اعانة لاحد الخصمين فكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رح في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة مجلس القضاء فيه وللقاضي حشمة وكان تلقينه احياء لحقوق المسلمين وصيانة لها عن التعطل كالاشخاص والتكفيل **فصل في الحبس** فلما فرغ من بيان ما للقاضي من الحكم وما ليس شرع في بيان حكم من امتنع قوله وهذا اذا ثبت الحق بالاقرار اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لان الحبس جزاء الظلم والمطل يصير ظالما لقوله صلعم مطل الغني ظلم قوله فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كالثمن والقرض او التزمه بعقد كالمهر المعجل والكفالة لثبوت امارة غناه في هذين الموضعين اما في الاول فلانه ظهرت قدرته بما دخل في ملكه وزوال العجز في الثاني فلان التزامه باختياره دليل يساره اذ الظاهر انه لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه واما اذا طلبت المرأة المؤجل من المهر بعد ما دخل بها فالقول للزوج في عسرته لانه لا دلالة له هنا على القدرة قوله ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك اعلم انه ذكر الخصاف ان القول للمديون في جميع ذلك لانه متمسك بالاصل وهو العسرة وان الدائن يدعي امرا عارضا قوله ويروى ان القول له ما يعني قيل ان كان الدين وجب بدلا عما هو مال فالقول للمدعي وان كان بدلا عما ليس بمال فالقول للمدعى عليه قوله والمسئلتان احديهما ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج انه معسر لتمسكه بالاصل والثانيهما ان احد الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وزعم انه معسر فالقول للمعتق فهاتان المسئلتان يخالفان القول الاول وهو قوله فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال كالثمن وبدل القرض او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لان فيهما التزاما اداء لا اقدامه على النكاح والاعتاق اقدام على النفقة والضمان كما في المهر والكفالة قوله القولين الاخرين هو ان القول لمن عليه في جميع ذلك والثاني ان القول له الا فيما بدله مال قوله والتخريج يعني تخريج هاتين المسئلتين على وجه لا يرد نقضا على ما قال في الكتاب في ظاهر الرواية حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد ان الحبس فيما يكون دينا على المدعى عليه وفي هاتين المسئلتين النفقة ليست بدين مطلقا حتى يسقط بالموت ما لا يعاقب كذا ضمان الاعتاق وعن ابي حنيفة رح قوله فلا بد ان يمتد المدة ليحصل هذه الفائدة فقدره بشهرين وثلثة لهذا وعن ابي حنيفة رح انه يقدر بشهر وعنه باربعة اشهر وعنه بستة اشهر والصحيح ان التقدير

مفوض الى رأي القاضي لان الحبس للاضجار وذا يختلف فيه احوال الناس قوله فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لقوله تعالى وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ فحبسه بعده يكون ظلما قوله ولو قامت البينة على افلاسه قبل حبسه تقبل وبه كان يفتي الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل قوله وقيل لا تقبل وبه كان يفتي عامة المشايخ وقيل الصحيح انها ان قامت على المعسر فلا تقبل وتقبل بينة الاعسار بعد الحبس بالاجماع بخلاف ما قبله والفرق ان وجود الحبس قرينة ولو يحتمل مدة الحبس مضى فقد وجد ذلك لعله اعساره ولم يوجد ذلك قبل الحبس اعلم ان لفظ المتن وهو قوله لو قامت البينة على افلاسه قبل المدة اعلم فائدته من قوله قبل حبسه لانه يدل على عدم قبول البينة قبل الحبس وبعد ما حبس قبل تمام مدة الحبس ولو تمام المحبوس بينة على عسرته واقام رب الدين بينة على يساره تقبل بينة اليسار اولى لانها تثبت امرا عارضا قوله وفي الجامع الصغير وانما اورد رواية الجامع لانها تخالف رواية القدوري بحسب الظاهر لان هناك قال لم يعجل حبسه وهنا قال يحبسه قلنا ان رواية الجامع محمولة على ما ظهر مطله عند القاضي بالاقرار مرة عنده او عند غيره وعند ظهور المطل يوجد الحبس عليه في الروايتين فلا مخالفة قوله لانه ظالم بالامتناع والحبس جزاء الظلم قوله ولا يحبس الوالد في دين ولده وكذا الجد والجدة وان علوا لان قوله صلعم انت ومالك لابيك ظاهره يورث شبهة وان تركت حقيقته والحبس عقوبة تندرئ بها ولقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهذا نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على ابويه وجديه كالحدود والقصاص قوله الا اذا امتنع من الانفاق عليه اي يحبس الاب اذا امتنع من انفاق طفله لان النفقة لحاجة الوقت فهو بالمنع قصد اهلاكه ولان سائر الديون لا يسقط بتأخير الاداء والنفقة يسقط بمضي الوقت

باب كتاب القاضي الى القاضي

فلما فرغ من بيان طرق اتصال الحق الى المستحق بلسانه شرع في بيان اتصال الحق الى المستحق بكتابه والاول اصل والثاني فرع والاصل مقدم وقيل لما فرغ من بيان اتصال الحق الى المستحق بالمشافهة شرع في بيان اتصاله بالكتابة قوله فان شهدوا على خصم اعلم ان المراد من الخصم وكيل المدعى عليه او كفيله ومن هو غائب قوله وهو المدعو اي نقل الشهادة سجلا او كتابا حكميا يعني هكذا اتفاقا في مصطلح القضاة فالحاصل ان سجل القاضي الى القاضي لا يكون الا بعد الحكم وكتاب القاضي الى القاضي لا يكون الا قبل الحكم ويشترط ان يكون الكتاب من معلوم الى معلوم والمدعى عليه معلوم والقياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي لان كتابه لا يكون اقوى من خطابه ولو حضر بنفسه مجلس القاضي المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكذا اذا كتب اليه ولكنا جوزناه فيما يثبت مع الشبهات لحاجة الناس اليه فقد يكون الشاهد للمرء على خصمه في بلده وخصمه في بلدة اخرى ويتعذر عليه الجمع بينهما ولا يمكن من يشهد على شهادتهما فاكثر الناس يعجزون عن اداء الشهادة على وجهها فيحتاج الى نقل شهادتهم بالكتاب الى مجلس ذلك القاضي قوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح بان ادعى رجل نكاحا على امرأة او بالعكس واراد كتاب القاضي بذلك والطلاق بان ادعت طلاقا على زوجها والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبه المال والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان ذلك بمنزلة الدين والدين يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة والعقار لانه يعرف بالتحديد ولا يحتاج فيه الى الاشارة قوله ولا يقبل في الاعيان المنقولة كالثياب والعبيد والاماء والحلية

الى الاشاره فيما ينقل عند الدعوى والشهادة **قوله** وعن ابي يوسف رح انه يقبل في العبيد دون الامة
لان الاباق يغلب في العبيد دون الاماء وعنه اي ابي يوسف انه يقبل فيهما بشرائطه اي يكلف المدعي باقامة البينة
انه كان له عبد فابق وهو اليوم في يد فلان ويعرف الشهود عليه التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته والدار التي جلب
منها **قوله** وعن محمد رح انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتاخرون قال القاضي الاسبيجابي رح وعليه الفتوى **قوله**
ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين لان الكتاب قد يزور ويشبه الخط بالخط والخاتم
بالخاتم فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان كتاب القاضي ملزم اذ يجب على القاضي ان ينظر فيه وان يعمل به ولا الزام
الا ببينة **قوله** بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب فانه اذا جاء الينا يكون معتبرا بلا بينة لانه ليس بملزم شيئا
فان الامام بالخيار ان شاء اعطاه الامان وان شاء لم يعطه فلا يشترط البينة **قوله** بخلاف رسول القاضي الى المزكي
ورسول المزكي الى القاضي فانه يكون معتبرا بلا بينة لان الالزام بشهادة الشهود لا بالتزكية فان قلت ما فائده
كتاب القاضي ويحتاج ان يشهد على كتابه رجلين ليشهدا عند المكتوب اليه فليشهدهما على شهادة الاصول حتى
لا يحتاج الى الكتاب قلت في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الاخر الى تعديل الشهود وقد يتعذر معرفه
عداله الاصول في تلك البلده فلا يحصل المقصود هنا بخلاف عداله الشهود الذين شهدوا عنده فلا يحتاج المكتوب
اليه الى التعديل ثانيا **قوله** وهذا عند ابي حنيفه ومحمد رح لان من اصلهما ان علم الشهود بما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط
لذلك وكذا حفظ ما في الكتاب من وقت التحمل الى وقت الاداء شرط عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا اخر غير مختوم ليكون
معهم معونة لحفظهم **قوله** لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة على الشهادة اذ الكاتب ينقل الفاظ
الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شهود الاصل بعبارته فكما لا يسمع الشهادة على الشهادة
الا بحضرة الخصم فكذا لا يفتح الكتاب الا بحضرة الخصم **قوله** بخلاف سماع القاضي الكاتب الشهادة لانه للنقل لا للحكم
وهذا للحكم **قوله** فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه
على الخصم والزمه ما فيه لثبوت ما في الكتاب عنده **قوله** حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء بان ارتد او لحق بدار
الحرب او جن او اغمي عليه قبل وصول الكتاب اليه لا يقبله لان الاصل ان خبر الواحد لا يقبل وانما قبلناه ضروره باعتبار الولايه
الشرعية فاذا لم يبق عاد الامر الى الاصل ولهذا لو التقى قاضيان في عمل احدهما او في مصر ليس عليهما فقال احدهما للاخر
قد شهد عندي كذا فاعمل به لم يقبل منه لان الخطاب والسماع او احدهما وجد من غير القاضي حيث لم يكن في عمله **قوله**
وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلده كذا والى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين لانه لما عرف اولا صحت كتابه القاضي الذي يجعل غيره تبعا له ورب شيء يثبت تبعا ولا يثبت
قصدا **قوله** بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه يعني لو كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلده كذا الى كل من يصل
اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين لا يجوز عند ابي حنيفه ومحمد رح بناء على ان اعلام الكاتب والمكتوب اليه شرط فلا يحصل
الاعلام بهذا **قوله** ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص بناء على انه لا يعمل مع شبهة لما مر ولان فيه

شبهة البدلية فلا يعمل فيما يسقط بالشبهات

فصل آخر

لما فرغ من بيان قضاء الرجال شرع في بيان قضاء النساء
قوله ويجوز قضاء المراة في كل شيء الا في الحدود كشهادتها او حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة اذ كل منهما
من باب الولاية وليس للقاضي ان يستخلف للقضاء الا ان يفوض اليه لانه انما يتصرف على تقليد ويفوض والخليفة
فوض اليه القضاء دون التقليد ويرضى برايه وعلمه وامانته دون غيره فلا يكون مطلق التفويض اذنا
بالاستخلاف فصار كالوكيل بالبيع لا يملك توكيل غيره بهذا **قوله** بخلاف المامور باقامة الجمعة مطلقا حيث
يجوز له استخلاف غيره وان لم يؤذن له بالاستخلاف لانه لما فوض اليه اقامة الجمعة مع علمه ان العوارض المانعة من
اقامتها من المرض والحدث في الصلوة مع ضيق الوقت ونحوهما قد يعتريه ولا يمكن التفويض الى الغير **قوله**
ولو قضى الثاني بحضرة الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة لان المقصود حضور راي الاول
وقد وجد واذا فوض الخليفة اليه ذلك يملكه وصار القاضي الثاني قاضيا من جهة الخليفة لا من جهة هذا القاضي
حتى ان القاضي لا يملك عزله الا ان يقول الخليفة له ولّ من شئت واستبدل من شئت وصار كالموكل اذا قال للوكيل
اعمل برايك صح توكيله على الموكل فصار الثاني وكيل الموكل حتى لو مات الموكل ينعزل الوكيل الاول والثاني ولو مات
الوكيل الاول لا ينعزل الثاني اعلم انه فرق بين الوكيل حيث لا ينعزل الثاني بموت الوكيل الاول وبين المضارب
بان يسري كالمضاربة حيث ينعزل بموت المضارب لان المضارب بمنزلة رب المال من وجه ولهذا لم يملك رب المال
نهيه عن التصرف في مال المضاربة بعد ما صار مال المضاربة عرضا والذي كالوكيل الاول في العوائد وفرق بين الوكيل والوصي
فان الوصي يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصاء لان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي عن الجري
على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته من غيره ولان الوصي يحتاج الى
التصرف مرة بعد اخرى فيحتاج الى الاستعانة ولهذا قلنا ان المتولي يملك ذلك لحاجته الى ذلك مرة بعد اخرى فان قلت
ما الفرق بين التقليد وبين الايصاء فانه يملك التوكيل والايصاء دون التقليد حتى ان القاضي لو امر رجلا ان يقضي
بين اثنين لا يكون له ذلك الا ان يكون الخليفة ولاه قلت في الفرق بينهما ان القاضي يفعل ما يفعله الوكيل والوصي
فيكون موضع الفساد في القضاء اكثر فان كان القاضي ولاه مع ان الخليفة لم يوله وحكم بين الناس واجاز القاضي
ينظر فان كان المستخلف يصلح ان يكون قاضيا يجوز اجازته والا فلا فان قلت الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وانه
لا يملك الاذن في الابتداء فكذا لا يملكه في الانتهاء قلت يجوز الاجازة في الانتهاء ولا يجوز في الابتداء كما في الوكيل
والمعنى فيه ان الاجازة في الانتهاء يكون بعد ان يكون عليه محيطا بما اتى به فيكون اجازة في الانتهاء عن رويه وفطانه
بخلاف الاجازة في الابتداء **قوله** واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب وذلك مثل قضاء
القاضي بشاهد ويمين فانه يخالف لقوله تعالى وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ [...] فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ
ومثل هذا انما يذكر لقصر الحكم عليه ولانه قال ذلك ادنى ان لا ترتابوا ولا مزيد على الادنى **قوله** او السنة نحو الحكم بثبوت
حل المطلقة الثلث بنفس عقد زوج الثاني بدون الوطي فانه مخالف للحديث المشهور اعني حديث العسيلة **قوله**

او الاجماع نحو الحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الاول فكان قضاؤه مخالفا
للاجماع وكذا الحكم بجواز بيع ام الولد **قوله** بان يكون قولا لا دليل عليه معناه لا دليل يعتمد عليه ولم يرد به
نفس الدليل **قوله** والاصل ان القضاء متى لاقى محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا ينقض باجتهاد آخر لانه روي ان شريحا
قضى بقضاء خالف فيه عمر وعليا فلم ينقضاه لوقوعه من قاض جائز الحكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد وقد صح عن عمر رضي الله عنه
انه لما استخلفه قلد القضاء ابا الدرداء فاختصم اليه رجلان في شيء فقضى لاحدهما ثم لقي عمر المقضي عليه فساله
عن حاله فقال قضى علي فقال عمر رض لو كنت بمكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه وما يمنعك عن القضاء فقال عمر
ليس هنا نص والراي مشترك اشار الى ان الاول يترجح باتصال القضاء به فكذا لا ينقض بما هو دونه وروي عن عمر رضي الله عنه
انه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي ولان الاجتهاد
الثاني كالاول والاول تايد باتصال القضاء به فلا ينقض باجتهاد لم يتايد به لانه دونه والقضاء حق الشرع بحضانة
ورضيانة لئلا يلزم ولا يحرض عليه ولانا لو قلنا بانه لا ينفذ قضاء الاول لا ينفذ الثاني [illegible] يبطل قضاء الثاني فيؤدي
الى ما لا يتناهى **قوله** وان كان عامدا ففيه روايتان اما وجه عدم النفاذ لانه قضى بما هو خطا عنده واما وجه
النفاذ فلانه ليس بخطا بيقين ويحتمل ان يكون الحق في هذا وعندهما لا ينفذ في الوجهين وعليه الفتوى كما قال في المتن وفي
الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابي حنيفة رح وعليه الفتوى **قوله**
والمجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة والاجماع **قوله** وفيما اجمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة
البعض وذلك خلاف وليس باختلاف روي عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال سالت ربي
فيما يختلف فيه اصحابي من بعدي فاوحى الله تعالى الي يا محمد ان اصحابك عندي بمنزلة النجوم بعضها اضوء من بعض فمن اخذ
بشيء مما هم عليه من اختلافهم فهو عندي على الهدى وفسر الشيخ الامام ابو بكر رضي الله عنه بان من يمسك بطاعة الامراء الا
في المعصية وباتباع العلماء الا في الزلة والبدعة ولزوم الجماعات في الجمعات الا عند الضرورة فهو في الفروع من
اهل الاختلاف الرحمة ومن لم يكن منها فهو من اهل الخلاف في البدعة والاختلاف من آثار الرحمة والخلاف من آثار البدعة
ويدل لك يشهد بما ريف اللغة لان الاختلاف فيه زيادة تكلف فيما به يدل على انه اهمل احد من له محل علم ان القول
انما يكون حجة باعتبار دليله لان المجتهد يتبع الدليل لا القائل والاجماع من اقوى الدلائل فيكون ما يقابله عدما ومدلول
الاجماع الهدى فيكون مدلول مقابله ضلالا واذا المقصود من الخلاف غير المقصود من الاختلاف فالخلاف عبارة عن
قول مهجور مقابل للاجماع او قول الجمهور وغير مبني على دليل يعتمد عليه والاختلاف عبارة عن قول نشا عن دليل معتبر
مثل دليل مقابله مثل ما اجمع فقهاء الامصار على شيء فقول احد يخالف قولهم يكون خلافا لا اختلافا فان قضى قاض
بقوله لا ينفذ لان القضاء ينفذ في موضع الاختلاف لا في موضع الخلاف مثاله اذا كان القود بين رجل وامراة فعفت المراة
عن القود فابطل قاض ذلك وقضى بالقود للرجل قال لا عفو للنساء فانه لا ينفذ ولقاض آخر ان ينفذ العفو ويبطل القود
لان قول من قال ذلك مهجور مخالف لقول الجمهور والكتاب وهو قوله تعالى ولهن الربع مما تركتم من غير فصل ذكره في الفوائد

لو حكم حاكم بجواز بيع ربوا الفضل فرفع الى حاكم آخر فانه ينقض حكم الاول ويبطله لان فيه اجماع السلف لان
الخلاف فيه حكي عن ابن عباس انه قال لا ربوا الا في النسيئة فاجمعت الصحابة على حرمة بيع الدرهم بالدرهمين ولو قضى
القاضي بقوله لا ينفذ وقد روي رجوعه عن هذا القول قال ابو عبد الله الجرجاني وذكر ابن سماعة عن محمد رح نيفا
وثلثين مسئلة ينقض فيها حكم الحاكم منها ان المراة اذا تزوجت على صداق الف درهم بعينها او بغير عينه واستوفت صداقها
ثم ان طلقها قبل الدخول بها لم ياخذ منها نصف المهر وانما يعود بنصف المسمى قال مالك رح يعود اليه بنصف الثوب
قال لو حكم حاكم بقول مالك نقض حكمه وكذلك قال في الزوج اذا دخل بامراته فالقول قوله انه سلم المهر اليها ولو حكم حاكم
فسخ حكمه وكذلك في مسئلة المتعة والطلاق الثلاث وتزويج التيس وحكم الحاكم بجواز المتعة او بالطلاق الثلث
لا يقع او حكم بجواز نكاح التيس نقض حكمه ومنها اذا مات الرجل وترك ابنه ومولاه الذي اعتقه فالميراث بينهما
نصفان فكان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه يورث مولى العتاقة عن ذوي الارحام كمولى الموالاة قال محمد لو ان حاكما حكم
بمذهب عبد الله بن مسعود لم ينفذ قضاؤه ويرد حكمه قال الشيخ ابو عبد الله الجرجاني والذي ذكره محمد صحيح على مذهبه
خاصة لان الاختلاف وان كان ثابتا في الصحابة فقد حصل الاجماع بعد انه لا يورث وكذا الحكم بجواز بيع ام الولد لا ينفذ
عند محمد بهذا المعنى وعندهما يجوز ولم يعتد بالاجماع الذي وجد بعد الاختلاف لان ذلك الاجماع مختلف فيه فيحمل محل
خبر الواحد فكذا فيما نحن فيه ويجوز ان يفرق ابو حنيفة رح بين المسئلتين ويقول في هذه المسئلة مثل ما قال محمد لان
خلاف ابن مسعود خلاف شاذ لم يظهر في الصحابة وخلاف الواحد لا ينفذ على الجماعة ما لم يتبعوه ويسوغوا الاجتهاد
في بيع ام الولد قد ظهر الخلاف واستفاض **قوله** وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك
عند ابي حنيفة وكذلك اذا قضى بالاحلال وهذا اذا كان الدعوى بسبب معين كالشراء ونحوه وقال ابو يوسف ومحمد
وزفر والشافعي رحمهم الله لا يكون في الباطن كذلك لقب المسئلة ان قضاء القاضي في العقود كالبيع والشراء والاجارة
والنكاح والفسوخ كالاقالة والفرقة بطلاق ونحوه بشهود الزور ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة وعند الشافعي
ينفذ ظاهرا لا باطنا واجمعوا ان في الاملاك المرسلة ينفذ ظاهرا لا باطنا وفي الهبة والصدقة روايتان عن ابي حنيفة
ومعنى النفاذ ظاهرا ان يسلم المراة الى الرجل ويقول سلمي نفسك اليه فانه زوجك ونفاذه باطنا ان يحل له
وطيها ويحل لها التمكين فيما بينه وبين الله تعالى له ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء بها ظاهرا
لا باطنا لان القضاء انما ينفذ بقدر الحجة وشهادة الزور باطلة باطنا فكيف ينفذ باطنا فصار كما لو كان الشهود كفارا
او عبيدا او محدودا في القذف والمشهود عليه يعلم بحالهم والقاضي لا يعلم فان قضاءه ينفذ ظاهرا لا باطنا وكما
لو قضى بنكاح منكوحة الغير او معتدة الغير بشهود الزور فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالاجماع ولان القضاء
اظهار لعقد سابق وفي اظهار العقد ولا عقد محال وانشاء العقد لم يسبق وذا انما يكون بارتباط الايجاب بالقبول
ولم يوجد وله ابي حنيفة ما روي ان رجلا ادعى على امراة نكاحا بين يدي علي رضي الله عنه واقام شاهدين فقضى
بالنكاح بينهما فقالت ان لم يكن بد يا امير المومنين فزوجني فقال علي شاهداك زوجاك ولو لم ينعقد بينهما

نفصانه لما انسخ حرجدید العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا وكان
الشهود زورا بدليل القصة ولان القاضي قضى بامر الله تعالى انه وجب عليه القضاء عند التعديل حتى لو لم
يقض اثم والتكليف بحسب الوسع والديانة وسعه ان يجعلها زوجة له بطريق الاظهار فكان عقدا سابقا
فيهما والا لعدم العقد اقتضاء ضرورة صحة الاظهار لسقوط المنازعة بينهما من كل وجه اذ لو لم يثبت الحل بينهما باطنا
يكون هذا تمهيد اللمنازعة بينهما لا قطعها فان قلت لو كان قضاؤه متضمنا انشاء العقد سابقا لشرط الشهود
وعند قوله قضيت قد قال شمس الائمة وغيره رحمه الله لا يشترط ذلك عنده بقوله قضيت لا بمحض الشهود وقيل
يشترط في النكاح بحضرتهم لانه انما يثبت بمقتضى صحة قضائه في الباطن وما يثبت بمقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع
في قوله اعتق عبدك عني بالف بخلاف ما اذا كان الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في قذف لان الوقوف على هذه
الاشياء ممكن فلم تنفذ شهادة هؤلاء بحجته من كل وجه فاعتبر حجة ظاهرا والوقوف على حقيقة الصدق متعذر فبني
الامر على كون الشهود صدقة عنده وقد وجد وبخلاف الاملاك المرسلة لان الملك لا بد له من سبب وليس بعض الاسباب
اولى من البعض لتزاحم اسبابها اذ الملك تارة يثبت بالشراء وطورا بالارث وغيره ولا يمكن اثبات السبب سابقا على القضاء
بطريق الاقتضاء وفي النكاح والشراء تعين النكاح والشراء اقتضاء تصحيحا للقضاء **قوله** ولا يقضي القاضي
على غائب ولغائب لان القضاء يعم معاملة كوكيله او وصيه او شفيعه للحاضر وحال المسافة فيجوز القضاء
على الغائب بالبينة لان البينة قامت او انها قبلت حال على القاضي والحاجة عليه
حال غيبته والبينة للسائل فاذا ثبت الحال صح القضاء بناء عليها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد
الخصمين حتى تسمع كلام الاخر ولان القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح القضاء وهذا لانه
يحتمل ان الخصم يقر ويحتمل ان ينكر فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة اذ حكم احدهما متعدد وحكم الاخر لا
قوله ومن يقوم مقامه اي مقام الغائب بانابته اي انابة الغائب كوكيل الغائب او نائبه الشرع كالوصي
من جهة القاضي **قوله** وقد يكون اي اقامة الغير مقام الغائب حكما بدون توكيل الغائب ونصب القاضي
بان كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر فانتصب الحاضر خصما عن الغائب وصار القضاء على الحاضر
كالقضاء على الغائب كما لو ادعى عينا في يد غيره انه اشتراها من فلان الغائب واقام البينة على ذي اليد
وقضى به ثم حضر الغائب وانكر ذلك لا يلتفت الى انكاره لانه صار مقضيا عليه حكما وهذا لان المدعي لا يتوصل الى
اثبات حقه على الحاضر الا باثباته على الغائب كذا لو ادعى شفعة دار بشرائه من الغائب والكفالة بماله على
الغائب **قوله** وهذا في غير صورة في الكتاب اي لا ينحصر في الصورة المذكورة في المتن اعلم ان من ادعى على
الحاضر حقا لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب فالقضاء على الحاضر قضاء على الغائب ويظهر ذلك في مسائل
منها اقام بينة ان له على فلان الغائب كذا وان هذا كفيل عنه بامره فيقضي على الحاضر والغائب لانها كالمعاوضة
ولو لم يقل بامره لا يقضي على الغائب ومنها ما اذا اقام بينة انه كفل له بكل ماله على فلان وان له عليه الفا كان قبل

الكفالة يقضي على الحاضر والغائب ولا يحتاج الى دعوى الكفالة بامره بخلاف ما تقدم لان الكفالة المطلقة لا توجب المال على
الكفيل ما لم يجب على الاصيل فصار كانه علق الكفالة بوجوب المال على الاصيل فانتصب الحاضر خصما عن الغائب ومنها
ان القاذف اذا قال المقذوف عبد فلان فلا حد على فاقام المقذوف بينة ان فلانا اعتقه حد وكان قضاء على الغائب بالحق
ومنها ما لو قال له يا ابن الزانية فقال القاذف امه امة فلان فاقام المقذوف بينة ان امه معتقة فلان القرشي حكم بالنسب
ونحوه ومنها ما اذا اقام بينة انه ابن عم الميت فلان وان الميت فلان بن فلان يجتمعان الى اب واحد وانه وارثه يحتسب
يقضي بالميراث والنسب على الغائب ومنها ما لو اقام بينة ان ابوي الميت كانا مملوكين له اعتقهما ثم لهما هذا الولد
ومات وانه مولاه ووارثه يقضي بالولاء وكان قضاء بالولاء على الابوين واخوته المولودين بعد عتقهما ومنها ما لو قال
لزيد ان العبد المأذون ضمن لي دينك عليه ان اعتقه مولاه فاقام بينة عليه ان مولاه اعتقه بعد الضمان والعبد
والمولى غائبان يقضى بالضمان ثم كان قضاء العتق للغائب على الغائب ومنها ما لو قال المشهود عليه ان الشاهد
عبد فاقام المدعي على الشاهد بينة ان مولاه اعتقه قبل الشهادة ومنها ما لو ادعى شيئا في يد رجل انه اشتراه
من فلان واقام بينة يقضي له بالملك والشراء من فلان ومنها ما لو وقع عبد فاقام المعروف بينة ان مولاه اعتقه وادعى
كمال الحد ومنها ما لو اقام المشتري بينة ان البائع كان اعتقه او رجل اخر اعتقه وهو يملكه ومنها ما لو قال لرجل ما بعث
فلانا فعلي فاقام الرجل بينة على الضمين انه باع عبده بالف ومنها ما لو اقام بينة على رجل انك اشتريت هذه الدار من فلان
وانا شفيعها ومنها لو قال الرجل لفلان على الف فاقضها فاقام المأمور بينة انه قضاها يقضي بنفس الغائب
والرجوع على الامر ومنها ما لو قال اشتر هذا العبد الذي في يدي فلان فاشتره لي باعد الثمن فاقام المأمور بينة انه
فعل ذلك ومنها ما لو قال لرجل اضمن لي هذا ما دانني فضمن فاقام الضمين بينة ان فلانا داينك كذا واني قد
قضيت عنك ومنها الكفيل بامر اقام بينة على الاصيل انه اوفى الطالب ومنها ما لو اقام بينة على ان له على فلان الف
وانه احاله بها عليه ومنها ما لو اقام بينة على رجل انه كان لفلان عليك الف احلته بها علي وادينها اليه ومنها ما لو
طالب البائع المشتري بالثمن فاقام هو بينة انه احاله بالثمن على فلان ومنها ما لو قال الرجل ان حبسني عليك فلان فانا كفيل
بنفسه فاقام بينة انه حبسه عليه فلان ومنها ما لو اقام بينة على رجل بيده دار انها له فاقام ذو اليد بينة ان فلانا
وهبها له وسلم او اودع او باع ومنها ما لو اقام ذو اليد بينة ان المدعي باعها من فلان وقبضها بطل بينة المدعي
ويلزم الشراء الغائب ومنها ما لو قال اخ والدار وديعة فلان فطلب المدعي تحليفه به فنكل فيقضي عليه بعز على
فلان ومنها ما وصل الى حر زيد وكفل به فلان بامره او من غاصب غصبه منه وحلف المدعي ما يعلم دفع نده فيقضي عليه
بعد على فلان ومنها ما لو اقام بينة على عبد ان مولاه اعتقه انه قطع يده بعد ذلك او استدان منه او اشترى
منه او باع منه ومنها ما قيل انه لو قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فاقامت بينة ان فلانا طلق امرأته
ومنها ما لو اقام للقاتل بينة على الحاضر ان الولي الغائب قد عفا ومنها ما لو اقام الحاضر على القاتل بينة ان الولي
الغائب قد عفا تقبل بينته في جميع هذه الصور ويصير القضاء على الغائب فيها **قوله** واما اذا كان اي ما يدعي

على الحاضر القضاء

على الغائب شرطا لما ندعيه على الحاضر فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب معناه ان كان الغائب يتضرر بالشرط كما اذا قال
لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فاقامت زوجة الحالف بينة ان فلانا طلق امرأته ووقع الطلاق عليها لا تقبل بينته
على الاصح لان فيه ضررا على الغائب بخلاف ما اذا لم يتضمن ضررا كما لو علق طلاقها بدخول فلان الدار فانه يقبل لانه لا يتضمن
ابطال حق الغائب قوله ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق اي الصك اي اقرض الوصي او الاب ضمن لان القرض
تبرع ابتداء معاوضة انتهاء لما انه قطع الملك عن العين ببدل في ذمة المفلس لان الاستقراض في العادات ممن هو مفلس
ولهذا حل محل الصدقة وزاد عليها في الثواب لزيادة الحاجة هنا فاعتبر معاوضة في حق القاضي لان البدل مأمون التوى
باعتبار علم القاضي وتمكنه من الاسترداد متى شاء بما له من الولاية وتبرعا في حق الوصي والاب لانه لا يتمكن من الاسترداد
فربما جحد المستقرض ولا يجد شهودا او لا يقومون على اداء الشهادة وان وجد ولا كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل في الجثو
بين يدي القاضي من اصحاب الصغار وكان اضرارا بالصغار على هذا الاعتبار فلهذا لا يمكنه واذا اقرض القاضي كتب ذكر الحق وجعله
في ديوانه لانه يحتاج الى الحفظ وذا بكتابة الصك وكذا يملك اقراض مال الغائب لانه نصب ناظرا للكل ومن عجز عن النظر لنفسه
والغائب عاجز عن النظر لنفسه وفي الاقراض نظر فيملكه القاضي فان قضى بما راى قبل تقلد القضاء او في غير مصره الذي
هو قاضيه لم يقض عند ابي حنيفة خلافا لهما لهما ان العلم حاصل له حسب حصوله في قضائه او في مصره وله انه علم شهادة لا علم
قضاء فلا يصير موجبا الا بلفظ الشهادة والعدد

باب التحكيم

لما فرغ
من بيان احكام المقلد من جهة من له ولاية عامة اتبعه بهذا للعموم ولانه وكثرة وقوعه وذاك لندرة وقوعهما ولانه
منحط عن ذلك على معنى سيري في بيان احكام مثله ولانه خلافه قوله واذا حكم رجلان رجلا ورضيا بحكمه جاز لولايتهما على
انفسهما صح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وقد صح التحكيم عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والاصل فيه قوله تعالى وان
خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله الاية والمراد به تحكيم الزوجين لاختيار الاقامة او لاختيار الفرقة فلما جاز
التحكيم في حق الزوجين جاز ذلك دليل جوازه في سائر الخصومات قوله لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء
فهو شرط لاهليته ان يكون حكما وقد مر ذلك في باب ادب القاضي قوله ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي بين الكافر
والذمي معا بره العموم والخصوص قوله لانعدام اهلية القضاء اعتبارا لاهلية الشهادة والجامع ان القضاء مبني
على الولاية كالشهادة لا تكون له ولاية القضاء فاذا انعدم ولاية الشهادة انعدم ولاية القضاء قوله ولكل واحد
من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فيتوقف حكمه على رضاهما فان قلت التحكيم يثبت باتفاقهما فينبغي ان لا يصح
الاخراج الا باتفاقهما قلت لم يرض احدهما بهذا التحكيم فلا يبقى التحكيم كما لا يبتدأ بلا رضاهما قوله لصدور
حكمه عن ولاية عليهما يعني ان الحكم صدر عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزل لا يبطل قضاؤه قوله وان خالفه ابطله
اعلم انه فرق بين هذه وبينما اذا رفع الى القاضي قضية قاض اخر فانه لم يرده وان خالف رأيه اذا كان ذلك في فصل مجتهد فيه وجهه
ان المحكم له ولاية على المحكمين فقط ولا ولاية له على غيرهما والقاضي الذي رفع اليه حكمه غيرهما فلا يكون حجة عليه فكان كالصلح
في حقه فله ان يرده اذا خالف رأيه فاما القاضي فله ولاية على كل الناس فكان قضاؤه حجة في حق كل الناس فلا يكون لهذا

القاضي ان يرده اذا صادف القضاء محله بان يكون فصلا مجتهدا فيه قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص
والاصل ان حكم المحكم بمنزلة الصلح فما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز التحكيم فيه وما فلا ولا يجوز استيفاء الحد والقصاص
بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما القصاص يعني تخصيص عدم جواز التحكيم فيهما يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات
كالطلاق المضاف والعتق كذلك ونحوهما ولكن لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم الحاكم كما في الحدود والقصاص كيلا
يتجاسر العوام فيه قوله اذ لا تحكيم من جهتهم بناء على ان حكم الحاكم انما ينفذ على من رضي بحكمه والعاقلة لم يرضوا
بحكمه قوله لانه مخالف رأيه بناء على ان المذهب ان موجب دم الخطأ اذا كان نصف عشر الدية او اكثر على العاقلة فكان
الحكم على القاتل مخالفا لرأيه قوله ومخالف للنص وهو حديث حمل بن مالك رضي الله عنه وكان له ضرتان فضربت احداهما
الاخرى بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فقال صلى الله عليه وسلم لاولياء الضاربة قوموا فدوه فقال اخوها عمران بن عويمر
الاسلمي اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل دمه يطل فقال صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه
قوله الا اذا ثبت القتل باقراره يعني لو حكم على القاتل بالدية في ماله لا يجوز لان هذا الحكم مخالف لحكم الشرع اذ الدية
على العاقلة الا ان يكون القاتل اقر بالقتل خطأ فحينئذ يجوز حكمه بالدية على القاتل لان ما يجب بالاعتراف لا تتحمله العاقلة
بالحديث فكان حكمه موافقا للشرع فينفذ قوله وان اخبر بالحكم لا يقبل لانعدام الولاية وذكر في ادب القاضي
فان قال المحكم لاحدهما قد اقررت عندي بكذا او قامت عليك بينة عادلة فقد الزمتك ذلك وحكمت له بهذا عليك
وانكر المقضي عليه لم يلتفت الى انكاره لانه على وفق الشرع قوله ولو حكما رجلين فلا بد من اجتماعهما حتى لو حكم
احدهما ولم يحكم الاخر لم يجز ذلك حتى يحكما جميعا لانه امر يحتاج فيه الى الرأي ورضاهما برأي المثنى فلا يكتفى فيه بالرأي
لا يكون رضا برأي الواحد كما في البيع ونحوه

مسائل شتى

من كتاب القضاء اعلم ان هذا من دأب المصنفين رحمهم الله
فانه جمع من المسائل المتفرقة واخر قوله اذا كان علو لرجل وسفل لاخر الى اخره والاصل فيه ان الاضرار حرام بالاتفاق
لكن الحظر اصل عنده لانه تصرف حصل في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق بعارض عدم
الضرر فاذا اشكل وجب المنع وعندهما الاطلاق اصل لوجود المطلق للتصرف وهو الملك والحجر لعارض الضرر
فاذا اشكل لم يجز المنع قوله زائغة مستطيلة ينشعب عنها مستطيلة اخرى غير نافذة الى اخره اعلم
انه ليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا من حائط دارهم في الزائغة السفلى بل هو لاهلها خصوصا لانها بمنزلة
احد بها ملكا لاربابها حتى لو بيع فيها دار لا يكون لاهل الاولى حق الشفعة فاذا اراد واحد ان يفتح بابا فقد اراد ان يحدث
طريقا في ملكه ويحدث لنفسه حق الشفعة فيها والشفعة لاهل الزائغة القصوى بسبب الشركة في الطريق قوله
وان كانت الزائغة مستديرة قد لزق طرفاها وهو العطف المدور فان سميته خم كاه فله ان يفتح الباب في حائطه
في اي جانب شاء لان هذه سكة واحدة وهي بمنزلة ساحة مشتركة في دار ولكلهم حق المرور في كلها ولهذا لو بيعت
دار فيها كانت الشفعة على السواء ومعنى الباب يحدث لنفسه حقا قوله ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يده
ثم صالحه فيها صح وهي مسألة الصلح على الانكار وسيجيء ان شاء الله تعالى فان قلت المدعى مجهول فلا يصح الدعوى

فلا يصح الصلح لان الصلح عن الدعوى انما يصح اذا كانت صحيحة اما اذا كانت فاسدة فلا اذ الصلح انما يصح لافتداء اليمين والافتداء انما يكون اذا وجهت اليمين واليمين انما توجه اذا صحت الدعوى وليس محمله على ما اذا كان المدعى مقدارا معلوما كالثلث ونحوه حتى تصح الدعوى ولا يراد على حقه فيها فيحمله على ما اذا ادعى اقرار صاحب الدار بحقه فيها حتى تصح الدعوى لانه لو ادعى على انسان شيئا لا تصح الدعوى ولو ادعى عليه انه اقر له بشيء صح ولان الصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لان جهالة الساقط فلا تؤدي الى المنازعة فلا تؤثر في الفساد لما عرف قوله ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له وسلمها اليه في وقت كذا فسأله القاضي البينة فقال انه جحد في الهبة فاشتريتها وادعى قبل الوقت الذي ادعى الهبة وبرهن عليه لا تقبل ولو ادعى وقتا بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة وبرهن عليه تقبل والفرق ان في الوجه الاول التوفيق غير ممكن فيتحقق التناقض لانه لا يمكنه ان يقول وهب لي منذ شهر ثم جحدني فاشتريتها منه منذ سنتين ولانه لما قال جحدني الهبة فاشتريتها فقد ادعى شراء لاحقا فاذا اقام البينة على الشراء السابق كان متناقضا فلا تقبل وهذا معنى قوله ادعى وبه على الشراء بعد الهبة ثم يشهدون به قبلها وفي الوجه الثاني التوفيق ممكن فلا يتحقق التناقض وهذا لانه يمكن ان يقول وهب لي منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منذ اسبوع وهذه المسألة تدل على ان التناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق اما اذا امكن فلا وذكر في [illegible] وانه ان التوفيق من المدعي شرط فان قلت ينبغي ان لا تقبل بينته في الوجه الاول ايضا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة قلت اذا جحد الهبة فقد فسخها اذ جحد ما عدا النكاح من العقود فسخ له بخلاف النكاح لانه لا يحتمل الفسخ فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهما برضاهما فاذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فيصح قوله ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها اي لو ادعى الهبة ثم برهن على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا لان دعواه الهبة في الوقت اقرار منه بلغ
بملك الواهب في الهبة في ذلك الوقت ثم دعوى الشراء قبل ذلك يكون رجوعا عن ذلك الاقرار فكان متناقضا فلا يمكن اثباته بالبينة واما دعواه الشراء بعد ذلك تقرر اقراره بالملك له في ذلك الوقت فيمكن اثباته بالبينة قوله اذ الفسخ يثبت به اي بالجحود لمشابهة بين الفسخ والجحود من حيث ان الفسخ رفع من الاصل والجحود هو انكار العقد من الاصل فيجعل مجازا عنه ولهذا لو تجاحدا جعل ذلك فسخا في حقهما فاذا جحد احدهما جعل ذلك فسخا في حقه ولكن لا ينفسخ احدهما ما لم يقل الآخر صريحا او دلالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة فقد رضي بفسخ صاحبه دلالة فتم الفسخ فان قلت كيف يثبت الفسخ في حق البائع بمجرد العزم على الفسخ وفسخ شيء من العقود لا يثبت بمجرد العزم الا ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ العقد بمجرد عزمه قلت قد اقترن بذلك فعله وهو امساك الجارية ونقلها وما اشبه ذلك فكان الفسخ يحصل باقتران به الفعل لا بمجرد النية الا ترى ان من قال لآخر [illegible] هذه الدابة يوما كذا ليركبها الى مكان كذا فاخذها المستأجر وذهب بها وركبها ان ذلك يكون قبولا كذا هنا قوله ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة صدق مع يمينه ولو قال ستوقة لا يصدق

لان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة ولهذا يجوز التجوز في الصرف والسلم بالزيوف والنبهرجة لا بالستوقة والقبض لا يختص بالجياد فلا تناقض بين دعوى الزيافة والنبهرجة وبين الاقرار بقبض الدراهم فيقبل قوله ولو اقر بقبض الجياد او بقبض حقه او بالاستيفاء ثم ادعى انها زيوف لم يصدق لانه متناقض اما الاول فظاهر وكذا في غيره لان حقه في الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه ايضا قوله ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال المقر له ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف فليس على المقر شيء لان المقر له اذا قال ليس لي عليك فقد رد اقراره والمقر له ينفرد برد الاقرار فملك ابطاله بنفسه فاذا بطل الحق بالحجة فاذا قال بعد ذلك لي عليك الف درهم فقد ادعى دعوى الالف فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما لو قال المقر اشتريت وانكر المقر له ثم عاد الى التصديق فانه يصح لان المقر له لا يستبد بابطال المقر به ثم ان الفسخ لا يتم الا بتراضيهما كالبيع فاذا انكر المقر له ورده لم ينفسخ لغيبة حتى يساعده صاحبه فاذا رجع الى التصديق فقد رجع والاقرار بالشراء قائم فيحتمل تصديقه وهذا على ما ذكر في المتن هنا ولان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لان حقهما في العقد فيحتمل التصديق عليه وذكر قبله ولانه لما نقدا استعمنا الثمن من المشتري كان رضى البائع مستبد بفسخه والتوفيق بين كلامه صعب قوله وقال زفر لا تقبل لان القضاء يعتمد على سبق الوجوب لانه تسليم بسبب الواجب وقد انكره فكان متناقضا ولنا ان التوفيق بين الكلامين ممكن لانه يمكنه ان يقول لم يكن لك علي شيء ولكن آذيتني بخصومتك الباطلة ودفعت اليك ما ادعيته دفعا لاذاك وغير الحق قد يقضى ويبرأ منه ولهذا يقال قضى باطلا وقد يصالح على شيء بالانكار ثم يقضى قوله لان التوفيق بناء على ان الكلمة ليس لنفي الحال فصار كانه قال ليس لك علي شيء في الحال لاني قد قضيته ولا يكذب اني لا اعرفك لانه لو صرح به صح قوله وما عرفتك [illegible] وكلامه بازائه الى آخره ودلت هذه المسائل على انه اذا امكن التوفيق بين الكلامين يدفع عين دعوى التوفيق وذكر في بعض المواضع شرط دعوى التوفيق بقبول البينة قوله وعن ابي يوسف يقبل اعتبارا لما ذكرنا اعني فصل الدين الذي مر الآن وجه الظاهر ان التوفيق بين الكلامين متعذر لان شرط البراءة عن العيب تغيير للعقد بلغ
من اقتضاء صفة السلامة الى تغيرها وتغير العقد من وصف الى وصف بلا عقد محال واذا بطل التوفيق ظهر التناقض فيمنع صحة الدعوى ولا تسمع البينة في حقوق العباد بلا دعوى اما الدين فيقضي لبيان طلاقها وولاء لذلك هنا قوله ذكر حق اي اذا كتب رجل اقرارا بدين في صك ثم كتب في آخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله اي من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ذلك او كتب في اسفله وما ادرك فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله حتى يبطل الدين ذكر الحق ويفسد الشرى والخلاص كالدين لا يلزم والشرى جائز وقوله ان شاء الله ينصرف الى قوله ومن قام بهذا الذكر الحق وعلى الخلاص استحسانا فالحاصل ان الاستثناء ينصرف الى ما يليه عندهما لان الاصل في الكلام الاستبداد والصك يكتب للاستيثاق فصار ذلك صارفا له الى ما يليه وعنده ينصرف الى جميع ما تقدم فيبطل الكل لان كلمات الصك كلها معطوفة بعضها على بعض والكلمات المعطوفة

بعضها على بعض اذا الحق في اخرها استثناء ينصرف الى جميع ما تقدم فانه لو قال على صوم وصلوة وحج ان شاء الله لا يلزمه شيء
كذا هنا ولو وكل وكيلا وقال لا تلحق الاستثناء بالكل اذا الترجيح في الشكوك كالسكوت في النطق فان قلت لماذا انكس هذا
ولا يصح التوكيل على هذا الوجه لانه توكيل المجهول في المجهول فلا يصح وكيلا مثل الحضر كما بسا اسقاط ولهذا لم يسمع الدعوى
عن استماع خصومتها لو كان الوكيل بغير رضا الخصم لا يلزم عند ابي حنيفة وعلى تقدير الرضا ههنا يلزم الوكيل بلا رضاه
انما يلزم هذا لانه اسقاط والاسقاطات تصح مع الجهالة فصل في القضاء بالمواريث لما فرغ من بيان
القضاء في حال الحيوة شرع في بيان القضاء في حال الممات وانما اخره ليوافق الوضع الوقوع قوله وقال ورثته القول قولها
لان الاسلام حادث والاصل ان يضاف الحوادث الى اقرب الاوقات ما بعد الموت قلنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال وهو
اختلاف الدين والحال يدل على ما قبلها كما في مسئلة الطاحونة اذا اختلف الموجر والمستاجر في جريان الماء وانقطاعه فانه يحكم
الحال ويستدل بها على الماضي وهذا الظاهر يعتبر للدفع وما ذكره يعتبر للاستحقاق فانه لا يحكم الحال حجة من حيث
الظاهر فيصلح للدفع والتأكيد دون الاثبات وحاجة الورثة الى الدفع فيصلح الظاهر شاهدا لهم وحاجة المراة الى الاثبات
لا يصلح الظاهر حجة لها ولو مات المسلم وله امراة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة
بل قالوا اسلمت بعد موته فالقول للورثة ايضا لانها تدعي امرا حادثا والاصل في الحوادث ان يضاف حدوثها
الى اقرب الاوقات فالحال انها تمسك ههنا بما تمسكوا به ثمه وهم تمسكوا ههنا بما به تمسكت ثمه غير انها في المسئلتين
تمسك بالظاهر لاثبات الاستحقاق وهم تمسكوا به في المسئلتين للدفع والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق لا لاثبات
الاستحقاق فان قلت الماء اذا كان جاريا في مسئلة الطاحونة يجعل الحال حجة لصاحب الطاحونة حتى يقضى بالاجر على
المستاجر وقد تمسك بالحال لاثبات استحقاق الاجر قلت ثمه اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا في التاكيد
والظاهر يصلح حجة للتاكيد وانما كان على ما كان وفي مسئلة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع
اتفاقهما في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة قوله فانه يدفع اليه المال لانه اقر ان ما في يده حق الوارث
بطريق الخلافة فصار كما لو اقر انه حق المورث وهو حي بطريق الاصالة وهذا لان المودع زعم ان المودع مات
وان هذا في تركته وكونه مودعا لا يدفع خصومته من ادعى فكذا لا يدفع خصومة خلفه بخلاف ما لو اقر لرجل
انه وكيل المودع بقبض الوديعة او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان صاحب اليد عنه معترف بانه
ملك الغائب وهو حي فيده في الوديعة يد الغائب فلا يملك ابطال يده وملكه باقراره وفي تصحيح اقراره تبعيد
اقراره في ملك الغير بزعمه وهنا زعم ان الميت لم يبق مالكا وان المالك هو الوارث فلم يكن في تصحيح اقراره
تبعيد اقراره في ملك الغير قوله لا يؤمر بالدفع اعلم انه لو دفع هل له ان يسترد قال شيخ الاسلام علاء
الدين ليس له ان يسترد لانه يصير ساعيا في نقض ما اوجبه وروي عن ظهير الدين المرغيناني انه
يرد في ذلك ولو لم يدفع حتى هلك في يده قيل لا يضمن وكان ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه
كالمنع من المودع كذا في الفوائد قوله وحلف بالله ما له ما يكذب فلم يصح فان قلت ينبغي ان يضمن

المال للمقر له الثاني لانه اقر بنصف ما في يده حقه حيث قال انه ابن الميت ايضا وقد سلم الكل الى المقر له
الاول قلت انما اقر انه ابن الميت وما اقر صريحا ان نصف ما في يده حقه وليس من ضرورة كونه ابنا للميت استحقاق
الارث قوله والمسئلة فيما اذا ثبت الدين للغرماء وقضى القاضي بديونهم واحتمل ان يكون على الميت دين غيره او قامت
البينة على الموارث ولم يشهد الشهود انهم لا يعلمون له وارثا غيره فان القاضي يتانى في ذلك فان فعل ولم يظهر له وارث
اخر قضى ودفع المال اليه هل ياخذ منه كفيلا ام لا قيل ان القاضي بعث ناظرا للعجب والموت قد يقع بغتة ويجوز ان
يكون للميت وارث غائب وغريم غائب فيجب على القاضي الاحتياط بالكفيل مبالغة في الاحتياط وتعادى ما عمى لا نوا احكاما
اذا وجد ابقا او المعطى لقطة وسلم الابق واللقطة الى صاحبه بالعلامة فانه يحتاط بالكفيل فصار هذا كامراة
تستعين وزوجها غائب وله عند رجل وديعة والمودع مقر بالوديعة والزوجية والقاضي يفرض لها النفقة وياخذ
كفيلا منها ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر معلوم وحق الغائب موهوم لا يعارض المعلوم فلا يجوز التاخير والتعطيل
الى زمان التكفيل كمن اثبت الشرى من غيره بالبينة فانه يقضى لمدعي الشرى ولا يؤخذ منه كفيل لان توهم ظهور مستحق اخر
محتمل وكذا اذا اثبت الدين على العبد فانه يباع في دينه ويأخذ دينه منه ولا يؤخذ كفيل لتوهم ظهور دائن اخر ولان
المكفول له مجهول فصار كما لو كفل لاحد الغرماء فانه لا يصح للجهالة بخلاف النفقة لان حق الزوج في الوديعة ثابت
وهو معلوم واما الابق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة واقرار العبد
يكفل اجماعا لان الحق غير ثابت لان العلامة او قول العبد وانه لا يوجب الاستحقاق ولهذا كان له ان يمنع فكان له ان يؤخر
الى زمان التكفيل حتى لو ظهر الاستحقاق بالبينة كان التاخير الى زمان على الخلاف قوله وهو ظلم اي ميل عن سوا
وفيه دليل على ان المجتهد يخطي ويصيب على ان ابا حنيفة رح بري عن مذهب اهل الاعتزال قوله لما ان الجاحد خائن فلا
يترك المال في يده ولانه لو ترك في يده عسى ان يعزل هذا القاضي ويموت فاذا احضر الغائب وذو اليد منكر يحتاج الى اقامة
البينة فكان النظر في نزعه من يده ووضعه في يد عدل ولابي حنيفة ان اليد الثابتة لا تنزع بلا ضرورة ولا ضرورة لان
القضاء وقع للميت لكل لان الوارث قائم مقامه والارث لا يثبت الملك للمورث في احتمال كونه مختارا للميت ثابت
فلا ينقض يده ولان الاصل في كل ثابت بقاؤه والديانة فيكون ما فيه الى ان يحضر المستحق قوله وكذا الحكم في وصي الام
والاخ والعم على الصغير حتى في بيع المنقول من تركة الموصي ولا يكون له بيع عقار لان ملكه لهم لا من جهة الموصي
وهذا لان التركة قبل القسمة ملك الميت من وجه وملك الورثة من وجه فاثبتنا للوصي البيع للحفظ باعتبار ما هي
للميت من الملك في تركته دون مال اخر لان الموصي اذا كان غير الاب والجد لا يملك بيع مال الصغير للحفظ ولا
للربح وانما بيع المنقول باعتبار ما هي للميت من الملك لا باعتبار ما نسب للورثة من الملك بخلاف وصي الاب لان له
البيع باعتبار ما للميت وما للورثة اذا كانوا صغارا كذا في المبسوط قوله وقول ابي حنيفة رح فيه اظهر
لحاجته الى الحفظ والترك في يده ابلغ في الحفظ لان المال في يد القضي اسد حفظا ولا انكار صار ضامنا ولو وضع على
يد عدل كان امينا فيه وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشأ خصومة والقاضي نصب لقطع الخصومات لا لانشائها

قوله وإن حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة أي في الصحيح من الرواية ويسلم النصف إليه بذلك
القضاء لأن القضاء وقع للميت وأحد الورثة ينتصب خصماً عن سائر الورثة فيما يستحق له وعليه ديناً كان أو عيناً لأن
المقضي له وعليه في الحقيقة الميت وأحد الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك لكنه في الاستيفاء عامل لنفسه دون الميت
فلا يصلح نائباً عن غيره فلهذا لا يستوفي إلا نصيب نفسه وصار كما إذا قامت البينة بدين للميت يقضى بالكل ولا
يأخذ إلا نصيب نفسه وذكر في الجامع الكبير إنما يكون خصماً على جميع الورثة إذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر لو كان
المحضر في يده يقدر تعديره لأن دعوى العين لا توجد إلا على ذي اليد فإنما ينتصب أحد الورثة خصماً عن الكل إذا
كان المدعى في يده وهذا بخلاف دعوى الدين فإن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت عن باقي الورثة في دعوى الدين
على الميت وإن لم يكن في يده شيء من التركة قوله ومن قال مالي وما أملك في المساكين صدقة فهو على أموال الزكاة ولو أوصى
بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس فيهما واحد وهو قول زفر رحمه الله لأن اسم المال عام فيلزمه التصدق بكل ماله كما
في الوصية ولنا أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ثم ما أوجب الله تعالى من الصدقة مضافاً إلى مال مطلق بقوله خذ
من أموالهم صدقة انصرف إلى الفضول إلا إلى المال فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لأنها أخت
الميراث لأنها خلافة كالوراثة والإرث يجري في جميع الأشياء فكذا الوصية في الحقيقة هما سيان لأن إيجاب الصدقة
انصرف إلى الفضول في حقه والأموال كلها فضول بعد وفاته لاستغنائه عنها بالموت قوله الأراضي العشرية يدخل عند أبي يوسف
لأنها سبب الصدقة وفي العشر وقال محمد رحمه الله لا يدخل لأنها سبب المؤونة وجهة المؤونة غالبة عند محمد لأن نسبة الأرض
العامة كما في الخراج وعند أبي يوسف جهة الصدقة غالبة ولهذا تصرف مصارف الصدقات والأرض الخراجية لا تدخل
إجماعاً لأن الخراج مؤونة فيه معنى العقوبة وليس بعبادة بوجه وفي رواية لو قال ما أملك صدقة في المساكين
سواء وكل مال لأن الملك أعم من المال ألا ترى أنه قد يملك غير المال كالقصاص والنكاح والخمر والمخصص إيجاب الشرع وهو مخصص
بلفظ المال في الكتاب والسنة ولم يوجد المخصص في لفظ الملك فبقي عاماً والصحيح أنهما سواء لأنهما يستعملان
استعمالاً واحداً ولأن الظاهر أنه يلتزم الصدقة بالفاضل عن الحاجة سواء كان بلفظ الملك أو بلفظ المال إلا أن الوصية
فإنها تقع في حال الاستغناء فينصرف إلى الكل فاصل حينئذ قوله كما في تصرف الوارث يعني أن الوصية
استخلاف لأن الوصي يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث وأما الوكالة فإنابة
لأنه يتصرف في ماله وليست باستخلاف بعد ولأنه المنوب فلا يصح عنه بلا علم من يثبت له الولاية كما يثبت الولاية
الملك بالبيع والهبة قوله ومن أعلم الناس بالوكالة يجوز تصرفه لأن الإعلام بالوكالة إثبات حق للوكيل فلا يتوقف فيه
إنشاء وليس فيه إلزام فلا يشترط شرائط الإلزام قوله وقالا هو والأول سواء يقبل فيه خبر العدل والفاسق والمستور
والعبد والحر وعلى هذا الخلاف السيد إذا أخبر بجناية عبده شاهداً فأعتقه لا يصير مختاراً للفداء عنده إلا إذا أخبره
عدل أو مستوران خلافاً لهما والشفيع إذا أخبره واحد غير عدل فسكت لا تبطل شفعته وكذا البكر إذا سكتت بعد
ما أخبرت بإنكاح الولي والمسلم الذي لم يهاجر إذا أخبر بالشرائع وكذا الحجر المأذون لهما أن هذا من جنس المعاملات فلا

يتوقف على شرائط الشهادة كالإخبار بالتوكيل وله أن الخبر بهذه الجملة بمنزلة التوكيل من حيث إن المتصرف يتصرف في ملكه ويشبه
الإلزامات لما فيه من ضرر يلزم الآخر حيث يمنعه عن التصرف فوجب أن يشترط شطر الشهادة وهو العدد أو العدالة توفيراً
على الشبهين حظهما بخلاف التوكيل لأنه لا إلزام فيه بوجه وبخلاف الرسول لأن عبارته كعبارة المرسل فصار كأنه حضر قوله
ولكل منهم لا يلحقه ضمان في هذا لأنهم يحتاجون إلى أمثال هذا في كل يوم مراراً وأطواراً فلو قلنا يرجع الحقوق إليهم لتقاعدوا عن
أمانتها فيختل مصالح الناس ويرجع المشتري على الغرماء لأنه تعذر الرجوع على العاقد فيجب على من وقع العقد له والبيع
واقع للغرماء فيكون عهدته عليهم كما لو كان العاقد صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً وقد توكلا عن رجل بالبيع فإن الحقوق ترجع إلى الموكل
قوله والعاقد هو الوصي نيابة عن الميت لأنه وإن نصبه القاضي فإنما نصبه ليكون قائماً مقام الميت لا ليكون قائماً مقام القاضي
وحقوق العقد ترجع إلى الوكيل فإذا باشر العقد بنفسه في حقوقه فكذا يرجع إلى من قام مقامه قوله لأنه عامل لهم ومن عمل لغيره ولا
لحقه به ضمان يرجع عليه وهو له العمل قوله وإن ظهر للميت مال رجع الغريم فيه بدينه لأنه لم يصل إليه وقيل
لا يرجع بما غرمه للوصي من الثمن لأن الضمان وجب عليه بفعله لأن تصرف الوصي لغيره وقيل الأصح أنه يرجع لأنه يقضي ذلك
وهو كان مضطراً فيه قوله والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم اعلم أن الوارث إذا احتاج إلى بيع شيء من التركة وهو صغير
فباعه الوصي ثم استحق رجع المشتري بالثمن على الوصي والوصي على الوارث ولو باعه أمين القاضي رجع المشتري على الوارث
إذا كان أهلاً وإن لم يكن أهلاً ينصب القاضي عنه من يقضي حقه فصل آخر لما فرغ من بيان القضاء شرع في بيان العمل
بأمره هل يسع بدون معاينة الحجة أم لا قوله وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم أي في الزنا فارجمه أو بالقطع في سرقة
فاقطعه أو بالضرب في الحد فاضربه وسعك أن تفعل وعن محمد أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة وكثير من مشايخنا
أخذوا بروايته عن محمد في هذا وقالوا ما أحسن هذا في زماننا لأن القضاة فسدوا فلا يؤتمنون على نفوس الناس ودمائهم وأموالهم
إلا في كتاب القاضي إلى القاضي فإنهم أخذوا فيه بظاهر الرواية للضرورة ولأن الخيانة في ذلك قلما تقع ووجه ظاهر الرواية
أن القاضي أمين فيما فوض إليه ونحن أمرنا بطاعة أولي الأمر وطاعته في تصديقه وقبول قوله فصار قوله بحق لأنه يكفي للجماعة
لجاز الاعتماد على قوله في كل باب كذلك كما صار كتاب القاضي إلى القاضي حجة لأن إخباره بشهادة شاهدين يصح نقله كما يصح
من الشاهدين على شهادة شاهدين قوله لما ذكرنا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهداً له إذ القاضي لا يقضي
بالجور ظاهراً يعني أن المقضي عليه لما أقر أنه فعل ذلك في حال قضائه صار معترفاً بشهادة الظاهر للقاضي لأن فعل القاضي
على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان فحال الجعل القول قوله ولا يجب على القاضي في ذلك يمين لأنه ثبت أنه فعل ذلك في قضائه
بشهادة الظاهر ولا يمين على القاضي لأنه لو لزمه اليمين لصار خصماً وقضاء الخصم لا ينفذ قوله ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ
منه ماله أنه لم يكن قاضياً يومئذ وإنما فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فالقول قول القاضي أيضاً في الصحيح لأنه نفى
عن نفسه كان قاضياً صحيح إضافة الأخذ إلى حالة القضاء لأن حالة القضاء معهودة وهي منافية للضمان فصار التلف لا إضافة
إلى تلك الحالة منكراً للضمان فكان القول له كما لو قال طلقت وأعتقت وأنا مجنون وجنونه كان معهوداً قوله ولو أقر
القاطع والآخذ في هذا الفصل أي الفصل الذي زعم المقطوع أو المأخوذ ماله أنه فعل قبل التقليد أو بعد العزل بما زعم الخصم

مضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان وانما قبلنا قول القاضي في نفي الضمان عن نفسه لا في ابطال الضمان عن غيره بخلاف الاول
ليس في حقه في قضائه بشهادتهما قوله ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر اي الآخذ بما اقر به القاضي فالمأخوذ منه
ماله صدق القاضي في انه في قضائه او ادعى فعله في غير قضائه اخذ المقضي عليه ذلك منه لانهم لا يصدقوا الحين
كانت في يد الاول ولم يرد وصوله الى الثاني حجة فهو يريد التسليم الى العادة لما كان الاول القاضي بما قال بين اسبات الاستحقاق
للثاني وليس له هذه الولاية في الحال لانه معزول ولا اقرار على نفسه حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر
لا يعارض القطعي بخلاف ما لو كان هالكا لان القاضي يكون وجوب الضمان في القول قول المنكر اعلم ان الاصل ان القاضي اذا قضى
لغيره في مجتهد فيه ينفذ على الكل ولم يكن لاحد ابطاله ولو قضى لمن لا تقبل شهادته له كالابن مثلا كان باطلا وليس للآخر تنفيذه
لاجماع الامة على ان قضاءه لنفسه او لابنه باطل فكان تنفيذ الثاني مخالفا للاجماع ولو وقع صورة القضاء للاجنبي .
لنفسه لا ينفذ ويتوقف على الامضاء لانه مجتهد فيه فان امضاه نفذ والا لا بيانه رجل مات والقاضي مديونه فشهد
رجلان لرجل ان الميت اوصى اليه فقضى بوصايته فان ادى دينه الذي ترك لو قضى الدين او لم يقض بالوصاية
لا ينفذ ولا يبرأ لانه يريد تصحيح اداءه فكان قضاء لنفسه كالشهادة اي القاضي هنا كالشاهد في الفصل الاول دون
الثاني لو ادعى رجل انه ابن الميت يقضي به وقضى الدين الذي عليه يرث منه وينفذ قضاؤه ولو قضى الدين او لم يقض
بالبنوة لم ينفذ ولو غاب رب الدين فادعى رجل انه وكيله بقبض دينه واقام البينة على ذلك فقضى له بالوكالة ثم ادى
الدين اليه لا ينفذ ولا يبرأ لانه لو شهد بها لا تقبل فان رفع الى قاض آخر فامضاه نفذ ولم يكن لاحد ان يرده بعد ان قضاء
الثاني صادف محلا ساغ فيه الاجتهاد اذ الوكالة والوصاية مما يحتمل كل واحد منها اقامة الغير مقام نفسه ولهذا لو قال
انت وكيلي بعد موتي يكون وصيا ولو ادى الدين ثم قضى بالوكالة لا ينفذ وان نفذ غيره لانه لم يصادف محل الاجتهاد لان
قضاءه لنفسه باطل بالاجماع كقضاء عبد وصبي وكافر على مسلم فانه لا ينفذ ابدا ان نفذ قضاء من حد لقذف وتاب والاعمى
بالسعيد لان قضاءهما مختلف فيه وينفذ بامضاء الثاني خلاف الشافعي رح وفي الثاني خلاف الكرخي وكذا لو قضى لامرأته بشهادة
عدلين يتوقف على التنفيذ لان القضاء مختلف فيه كالشهادة وكذا لو قضى بامرأة بغير ولي يتوقف على التنفيذ لا لاختلاف
في نفس القضاء فان بشر يجوز شهادتهما في الحدود والقصاص

كتاب الشهادات

وجه المناسبة انه لما فرغ من بيان انواع القضاء شرع في بيان ما يبنى عليه القضاء ومن جملتها الشهادة والاقرار
والنكول وغير ذلك واخر عنه لانها لا تكون مؤثرة الا به وهو مؤثر دونها فيكون هو اقوى فتقدم عليها اعلم ان اصل
الشهادة الحضور قال صلعم الغنيمة لمن شهد الوقعة اي حضرها ويقال فلان شهد الحرب وشهد قصته كذا اي حضرها
وفي الشرع عن الاخبار بالشيء عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان في البدائع سان الشهود اذا رأيت مثل الشمس فاشهد
والا فدع والقياس يأبى كون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة ملزمة ولكن تركنا
القياس بالنصوص قال تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال واشهدوا ذوي عدل منكم وقال صلعم شاهداك او يمينه
ليس لك الا ذلك وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي البينة الشهادة وبالاجماع وهو ظاهر لان فيها احياء حقوق

الناس وصون العقود عن التجاحد وحفظ الاموال على اربابها قال صلعم اكرموا شهودكم فان الله تعالى يستخرج بهم الحقوق
قوله والشهادة فرض اي اداء الشهادة وهذا في كل موضع تعين عليه اداء الشهادة فلا يسع تأخيرها عند
الحاكم يلحقه المأثم ومتى لم يتعين ذلك في حقه لا يلحقه ماله في المحيط لقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم
قلبه وقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ان النبي صلى الله عليه وسلم عن الاباء عند الدعاء امر بالحضور عند الاداء وكذا
النهي عن الكتمان الشهادة فان قلت النهي عن الشيء لا يكون امرا بضده عند الفقهاء فلا يكون الشهادة فرضا بالنهي عن الاباء
والكتمان قلت هذا لا يكون على الاطلاق فان الامر بالشيء لا يكون نهيا عن ضده اذا لم يقصد ضده نهي كالامر بالقيام في الصلاة
ليس بنهي عن القعود قصدا اما اذا كان ضده مقصودا انهى كالامر بالايمان يكون نهيا عن ضده اذ ضده مقصود بنهي صريح
وكذا النهي عن الشيء امر بضده اذا كان ضده مقصودا وفيما قلنا الضد مقصود بالامر لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله
فانه آثم قلبه خص القلب لان كانت الجملة آثمة لانه رئيس الاعضاء والمضغة التي ان صلحت صلح الجسد كله وان فسدت فسد
الجسد كله فكانه قيل قد تمكن الاثم في اصله وملك اشرف مكان منه ولان افعال القلوب اعظم من افعال سائر الجوارح فاصل الحسنات
والسيئات الايمان والكفر وهما من افعال القلوب فاذا جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب فقد شهد له بانه من اعظم الذنوب وكانه
ايما قال كيلا يظن ان هذا نهي استحباب فان قلت الآية والامر التي وردت في باب الشهادة مطلقة فينبغي ان لا يجوز كتمانه وان كان
في باب الحدود وما ذكرت من الحديث لا يعارض النص قلت قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة واردة في حقوق العباد بدليل
سياق الآية وقوله كونوا قوامين بالقسط محمولة عليها ايضا بدليل قوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة الآية
قوله يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لتردده بين حسبة الستر وحسبة اقامة الحد قوله والستر افضل
والاصل فيه قوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والآخرة وقوله عليه
من ستر على مسلم الحديث قال صلعم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وتلقينه عليه الدرء لقوله لعلك لمستها
او قبلتها انه ظاهر على رجحان الستر قوله والضمان لا يجامع القطع وهذا لان القطع والضمان لا يجتمعان وفي
شهادته بالسرقة ابطال حق العبد وترك الستر وفي شهادته بالاخذ رعاية حق العبد ومحافظة الستر فيجب ان يقول
اخذ ولا يقول سرق قوله منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اي يشترط فيها اربعة رجال لقوله تعالى واللاتي يأتين
الفاحشة الآية وقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء الآية اعلم انه ليس فيه معنى سوى ان الله تعالى يحب الستر
على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة فان قلت في هذه النصوص جواز العمل بشهادة العدد وليس فيها بيان نفي ذلك
بدون العدد قلت المعتاد في الشرع منع الزيادة او النقصان او منعهما وهذا العدد لا يمنع الزيادة فلو لم يفد
منع النقصان لم يكن لهذا التقدير فائدة ولان هذا قضية مثلناه حجة الشرع فيهما على ما انها بالعبد الشرع قوله
ولا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان شرع شهادة
رجل وامرأتين عند عدم شهادة رجلين هذه انما البدلية فان لم يشترط البدلية لقبول شهادتين مع وجود الرجال
ولا يساعد على اثبات شبهة البدلية وحقيقة البدلية يمنع القضاء فيما يسقط بالشبهات كالحدود والقصاص

كالشهادة على الشهادة فشبهته ايضاً تمنع الا ان الشبهة كالحقيقة **قوله** منها الشهادة بقية الحدود
اي سوى الزنا من حد القذف والسرقة والشرب فيشترط فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم
ولا يقبل فيها شهادة النساء لما بينا من الحديث المنقول **قوله** سواء كان الحق مالا كالمبايعات والمضاربات والشركات
وغير ذلك **قوله** وغير مال كالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال يشترط شهادة امرأة
واحدة لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والالف واللام اذا دخلتا على الجمع
جعلتا للجنس اذا لم يكن ثمة معهود والكل ليس بمراد قطعاً فيراد به الاقل ضرورة لبطلان العدد بواسطة الجنس
وعند الشافعي رح يشترط الاربع لان امرأتين قامتا مقام رجل واحد وعند مالك رح يعتبر امرأتان لانه سقط اعتبار
صفة الذكورة للعذر فبقي العدد معتبراً ولنا ان صفة الذكورة انما سقطت لتخفيف النظر اذ النظر الى العورة حرام الا انه
اعتبر بالنظر جنسها لان نظر المرأة الى عورة المرأة اخف لان شهوتها اليهن اقل من نظر الرجال الى عورتها فكذا سقط
اعتبار العدد لان نظر الواحدة اخف من نظر الجماعة **قوله** وما سوى من الحقوق يقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين
سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية اي الايصاء ونحو ذلك كالولاء والعدة والحوالة
والعتاق والنسب والكفالة وقال الشافعي رح لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل والشرط
والخيار بناء على ان الاصل فيها عدم القبول لكونها حجة ضرورية اذ الحكم يقبل لها بشرط عدم الرجال كما ينتقل من الطهارة
الى التيمم عند عدم الماء ولانه قد يمكن الخلل فيما هو شرط صحة الشهادة وهو العقل فان ضبطهن بانتقاص العقل
والدين والضبط لغلبة النسيان عليهن ولهذا اقيم اثنتان مقام الرجل الواحد حتى اذا نسيت احداهما ذكرتها الاخرى
كما نطق به النص والولاية ولهذا لا تصلح للامامة ولا يقبل في العقوبات ولا يقبل شهادة الاربع منهن وحدهن وانما
قبلناها في الاموال لهوانها وكثرة وقوع اسبابها ضرورة ان في الحجر بها حرج باشهاد رجلين في كل حادثة ولا ضرورة
في النكاح لانه اقل وقوعاً وهو اعظم خطراً ولنا ما روي ان عمر وعلياً رضي الله عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال
في النكاح والفرقة ولانها حجة اصلية لا ضرورية والاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة
وهو المشاهدة فيها يحصل العلم للشاهد والضبط وهو حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء فيه
يعني الاداء فيه يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بغلبة النسيان
انجبر بضم امرأة اخرى اليها والنقصان اذا انجبر صار كأن لم يكن الا انه بسبب النقصان في هواها وبه قام فورث
شبهة وفيها شبهة البدلية ايضاً فلا يقبل فيما يسقط بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات
ولهذا ان الطلاق يثبت مع الجهالة في قوله احديكن طالق ويصح تعليقه بما فيه خطر وكذا الوصية تصح مع جهالة
فاحشة وانه يتعلق بالايجاب بخطر الموت ويصح بالمجهول وبالمعدوم والوكالة تصح مع الجهالة ومعلقاً بالخطر
وكذا النكاح يثبت بالجد والهزل ومع شرط لا يقتضيه وما لا يصلح مهراً والشيء لا يصح مسمى فلما ثبت الشيء بشهادة
النساء مع الرجال مع انه ابطاء ثبوتا فلا يثبت بها ما هو اسرع ثبوتا كان اولى وانما لم يقبل شهادة الاربع منهن

منهن على خلاف القياس لما فيه من زيادة كشفهن وكثرة خروجهن **قوله** فيحلف الشاهد بالله انها الحق كما يقول لمن كان
قبل القبض ولو كان يجد القبض بالله لقد سلمتها ومتى تكرر **قوله** ولا بد من ذلك الكلام الى اخره بناء على ان النصوص
وردت بهذه اللفظة وجواز الحكم بالشهادة بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص والنصوص وردت بهذه اللفظة فبعد ما
ولان فيها زيادة بالتاكيد لان فيها معنى الحلف فانه لو قال اشهد ان لا افعل كذا لكان يمينا وفي اليمين معنى التاكيد الحالف
سيوفي يمينه على حسب ما قرنه بها من تحصيل فعل او تركه واذا كان كذلك كان لا مساغ عن الكذب بهذه اللفظة اشد
فالحق بها غيرها وبالعدالة لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والمرضي هو العدل وقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل
منكم ولان الخبر يحتمل الصدق والكذب والحجة هو الصادق بالعدالة يترجح جهة الصدق وهي الانزجار عن محظورات
دينه اذ من ارتكب غير الكذب من المحظورات قد يرتكب الكذب ايضاً وهو معنى قوله ينهاه عن غير الكذب يتعاطاه
اعلم ان العدالة شرط العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل الولاية والقضاء والسلطنة
والشهادة عندنا وعن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة يقبل شهادته لانه لا يتمكن تهمة
الكذب في شهادته ولوجاهته لا يستأجر احد استئجاره لاداء الشهادة ومروءته تمنع عن الكذب والاصح ان شهادته
لا تقبل لان قبول الشهادة لاكرام الشاهد قال صلى الله عليه وسلم اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم
وفي الفاسق امرنا بخلافه قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون محلاً للفسق فلا مروءة له شرعاً
فلهذا لا يقبل شهادته الا ان القاضي لو قضى بشهادته يصح عندنا **قوله** قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر
عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد حتى يطعن المشهود عليه فيهما فان طعن فيهما سأل عنهما في السر وزكيهما في
العلانية الا في الحدود والقصاص فانه يسأل في السر ويزكي في العلانية فيهما بالاجماع طعن الخصم او لم يطعن وعندهما
يسأل في الكل طعن الخصم او لم يطعن ثم قيل هذا اختلاف عصر وزمان لانه امر في القرن الثالث الذي شهد لهم النبي صلعم
بالخيرية لقوله خير القرون الذي انا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان يستحلف ويشهد
قبل ان يستشهد وهما افتيا في القرن الرابع الذي شهد رسول الله صلعم بفشو الكذب وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف
حجة وبرهان لهما ان القضاء يبتنى على الحجة وهو شهادة العدول فلما تحروا العدالة قبل السؤال لانه بالظاهر هو صالح
للدفع لا للالزام وحاجتنا الى الالزام الحكم واذا لا يكون الا حجة يلزمه فوجب التعرف عن العدالة للالزام ولابي حنيفة رح
قوله صلعم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدوداً في قذف ومثله عن عمر رضي الله عنه فهذا من صاحب الشرع
اقوى من تعديل المزكي لان العدالة باسم من حيث الظاهر لا دينه وعقله لانهما يمنعانه عما هو محظور دينه فالكتفي
بهذا الظاهر لاثبات ما لم يكن اذا لم يكن ثم نازع اذ لم يمكن الوصول الى القطع لخفائها ولهذا لو اوصى رجل به ان
يعرف منزجراً عن المحظورات متمسكاً بالطاعات والادلة على تمسكه بالصدق في الشهادات الا ترى ان الملك بالظاهر
الذي يصلح حجة لاستحقاق الشفعة اذا لم يكن المشتري منازعاً ولا منازعة قبل الطعن فيصلح حجة وبعد الطعن وجدت
المنازعة ويعلو الظاهر لرابع اسلام الخصم وعقله يمنعانه عن الطعن ايضاً فوجب الترجيح بالسؤال بخلاف الحدود

والقصاص لان مبناهما على الدرء قوله سحق المسنون اى الصحف المكتوبة فيها نسب الشاهد وحليته ومصلاه اى
مسجده الذى يصلى فيه ومعنى السؤال فى السر ان المزكى اذا اخرج الشاهد يقول القاضى للمدعى هات شاهدا اخر ولا يقول
للشاهد انك مجروح وفى هذا صيانة عن هتك ستر المسلم وصيانة حال المزكى كيلا يظهر فيخدع او يقصد باضرار قوله
لا بد ان يجمع بين المعدل فى مجلس القضاء ليسال المزكى عن الشهود بحضرة الشهود انهم هؤلاء عدول مقبولوا الشهادة وقد كانت
العدالة وحدها فى الصدر الاول اى فى عهد رسول الله صلعم واصحابه رضى الله عنهم لان المعدل كان لا يتوقع عن الجرح ولا
يخاف من المدعى او من الشهود لانهم كانوا منقادين للحق اما الان فيه بالاذى لو جرحهم قوله واذا كان رسول القاضى
الذى يسأل عن الشهود الى اخره اعلم انه يكفى الواحد للتزكية والرسالة والترجمة اى الواحد يصلح ان يكون مزكيا
ورسولا من القاضى الى المزكى ومترجما عن الشاهد وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رح والاثنان افضل وعند
محمد رح لم يكف الا اثنان لان الشهادة انما تصير شهادة بها فيشترط لها العدد كما شرطت المذكورة فى
المزكى فى الحدود ولان اصل الظن بالشهادة وكماله بالتزكية وقد شرطت العدالة فى هذا الشطر فيشترط فيه
العدد ايضا اعتبارا لاحد الشطرين او الشطرين بالاخر ولهما انها ليست بشهادة حتى لا يشترط فيها
لفظ الشهادة ومجلس القضاء فكذا لا يشترط العدد وانما شرطنا العدد فى الشهادة بالنص على خلاف القياس
اذ رجحان جهة الصدق قد ظهر بخبر الواحد العدل حتى كان خبر الواحد العدل حجة فى الديانات وكما لا يثبت
علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد ما لم يبلغوا حد التواتر فيقتصر على مورد النص وهذا فى تزكية السر
اما فى تزكية العلانية فالعدد شرط بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر فانها يختص بمجلس فصل ولما فرغ
من بيان المراتب فى الشهادة شرع فى بيان ما يتحمله الشاهد وانما قدم بيان المراتب لتقدمه فى الاعتبار فصل
ما يتحمله الشاهد على ضربين اعلم ان ما يتحمله الشاهد على نوعين نوع يثبت بنفسه بلا اشهاد كالبيع والاقرار
وحكم الحاكم والغصب والقتل فاذا سمع الشاهد البيع والاقرار وحكم الحاكم او رأى الغصب والقتل وسعه
ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم بما هو موجب بنفسه عيانا او هو مطلق للاداء لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم
يعلمون وجه التمسك به على قوله وسعه ان يشهد لانه اطلق اداء الشهادة بمجرد العلم وقد حصل له ذلك بالرؤية
فى المرئيات وبالسماع فى المسموعات قوله ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه الى قوله الا ان يشهده تغريره
ان شهادة الفرع تصرف على شهود الاصل حيث ينقل الاشهاد قول على المشهود عليه وازالة الولاية
النائبة للغير ضرر فلا بد من انابة والتحميل قوله ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان
لا يحل لشاهد ولا قاض ولا راو بالخط اذا السواء اى الشاهد اذا رأى خطه لا يحل له ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة
وكذا القاضى اذا وجد فى ديوانه اقرار رجل لرجل بحق من الحقوق او شهادة شهود وشهدوا الرجل على رجل بحق
من الحقوق وهو لا يذكر ذلك لا يحكم بذلك ولا ينفذه حتى يذكره وكذا الراوى اذا لم يتذكر لا يحل الرواية لان الشهادة
او القضاء او الرواية لا يحل الا عن علم ولا علم هنا لان الخط يشبه الخط فلعله كان خط غيره ولما اشبه خطه

لما لما روينا عن على رض ولان شهادة الاصل لا تثبت عند القاضى الا بشهادة شاهدين كاقرار المقر قوله وصفة
الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد ان لزيد على بكر كذا فاشهد انت على شهادتى بذلك ويقول اشهد
على شهادتى انى اشهد ان فلان بن فلان اقر عندى بكذا او يقول اشهد انى سمعت فلانا يقر لفلان بكذا فاشهد انت على
شهادتى ولا يقول على بذلك لانه يحتمل ان يكون على اصل الحق المشهود به وهو امر بالكذب كذا لا يقول فاشهد اشهادتى
لانه يحتمل ان يكون مراده فاشهد امثل شهادتى فيكون امرا للفرع بان يشهد على اصل الحق وقصدا لان الفرع ما شاهد
واداه وعلمه فلا بد من تحميل الاصل او توكيله قوله حل له ان يشهد وان لم يقل اشهد لى حتى لا يحتاج الاصل الى ان يقول
اشهدنى فلان على نفسه لان من سمع ما هو حجة بنفسه قوله ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا
اشهدنى على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال اشهد على شهادتى بذلك لا بد من شهادته وذكره شهادة الاصل
وذكر التحميل وله لفظ اطول من هذا وهو ان يقول اشهد ان فلانا اشهدنى على شهادته انه يشهد ان فلان بن فلان
اقر عنده واشهده على نفسه ان لفلان بن فلان عليه الف درهم وقال لى اشهد على شهادتى انى اشهد ان فلان بن فلان
اقر عندى لفلان بكذا ولفظ اقصر منه وهو ان يقول الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا وكان يفتى شمس
الائمة السرخسى رح به وهكذا ذكر محمد رح فى السير الكبير ولكن خير الامور اوساطها قوله ومن قال اشهدنى
فلان على نفسه بكذا لم يشهد السامع ان يشهد على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتى بذلك لما مر انه لا بد
من التحميل والتوكيل وهذا ظاهر على اصل محمد رح لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا
فى الضمان عند الرجوع على معنى ان المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع وليس معناه انه
يقضى بالنصف على الاصول وبالنصف على الفروع واذا كان كذلك الشهادة فلا بد من نقل الى مجلس القضاء فلا بد
من التحميل ولم يوجد واما عندهما فلان الحكم وان كان يضاف الى الفروع حتى يجب الضمان عليهم دون الاصول عند
الرجوع ولكن تحملهم انما يصح اذا عاينوا ما هو حجة والشهادة فى غير مجلس ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس
القاضى لتصير حجة وبطريق التحميل حصل ما هو حجة فلم يكن بد من النقل والتحميل قوله ولا تقبل شهادة
شهود الفرع الى اخره يعنى بر ان فى الشهادة معنى البدلية فيتعلق بالعجز عن الاصل وقد تحقق العجز بهذه الاشياء
اما الموت فظاهر وكذا المرض لان تكليف المريض باطل وتكليف القاضى لحضور المريض شنيع واما الغيبة فالمعتبر
فيها السفر لان المراد منها ما يعتبر والقصر والفاصل مدة السفر ليرتب الاحكام عليها وعن ابى يوسف انه
لم يجعل السفر شرطا ولكنه قال ان كان على ساعة من المصر فى مسافة ولو غدا الى القاضى لاداء الشهادة لم يستطع ان يبيت
باهله صح الاشهاد لان احياء الحقوق واجب ما امكن قالوا الاول احسن وهذا لان الشاهد محتسب فلا يجوز ان يكلف
ما فيه حرج والظاهر انه لا يكلف لذلك ايضا لاقامة الحسبة وفى العقوبة فى غير منزله حرج عظيم غاية الحرج ان اداء
الشهادة فرض عليه ولكن يشترط ان لا يلزمه حرج قالوا هذا ارفق والاول احسن قوله فان عدل شهود
الاصل شهود الفرع تنصيصا لقوله وقوع الثانى بناء على ان شاهد الفرع اذا اصلح مزكيا فلا فرق بين تزكيته

ويركه غيره فاقبلت شهادته لنفسه لا نصحا للاشعرية فكان متهما فيه قلت العدل لا يتهم بمثله كما
لا يتهم في شهادة نفسه مع احتمال انه يشهد لنفسه بقبول القول ان لم يكن له شهادة قوله وان سكتوا
عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم اي في حال شهود الاصل بان يعرف عدالتهم ممن يوثق من اهل التزكية
وهذا عند ابي يوسف رح وعند محمد لا يقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا
يقبل ولابي يوسف ان الواجب عليهم النقل لا التعديل لانه ربما يخفى عليهم فاذا نقلوا فالقاضي يعرف
العدالة كما حضروا بانفسهم وشهدوا قوله وان انكر شهود الاصل الشهادة لم يقبل شهادة شهود
الفروع ومعنى المسألة انهم قالوا ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا او غابوا ثم جاء الفروع ويشهدون
على شهادتهم بهذه الحادثة اما مع حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا وهذا لان التحميل
شرط ووقفات للتعارض بين الخبرين قوله واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية
انها اقرت لفلان بكذا وقالا انهما اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامراة وقالا لا ندري
هي هذه ام لا فالقاضي يقول للمدعي قد ثبت لك الحق على فلانة بنت فلان الفلانية حتى اخبرا الشهادة وهذا
لانهم نقلوا كلام الاصول كما حملوا فصح النقل وقولهم لا ندري هي هذه ام لا لا يوجب جرحا في الشهادة لانهم ان
لم يعرفوها فقد عرفها الاصول وانما لم يحكم بهذه الشهادة لان الشهادة تحققت على المعرفة بالنسبة والمدعي
يدعي الحق على الحاضرة ويحتمل ان يكون الحاضرة غيرها فوجب التوقف حتى يشهد شاهدان انها فلانة بعينها
وذلك كالشهود اذا تحملوا الشهادة ببيع المحدود بذكر الحدود ومن غير معرفة عينه وشهدوا على المدعى
يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان ان هذه الارض المحدودة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء
وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده فلا بد من شاهدين يشهدان ان
ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قوله وكذلك كتاب القاضي الى القاضي اي اذا ورد
كتاب القاضي الى القاضي وفيه بين يدي فلان بن فلان الفلاني على فلان كذا من المال وانكر ذلك الرجل
ان يكون هو فلان بن فلان فلا يكون الكتاب في حقه حجة ما لم يشهد آخران انه فلان بن فلان وهذا لان كتاب القاضي
الى القاضي كنقل الشهادة على الشهادة الا ان القاضي يقوم بما شاء سفره بالنقل قوله ولو قالوا
في هذين البابين اي في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز
حتى ينسباها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لانه لا بد من التعريف وذلك لا يحصل بالنسبة العامة والنسبة
الى بني تميم عامة لانه لا يحصى عددهم فلا يحصل التعريف بخلاف النسبة الى الفخذ لانها خاصة فيحملوا
في العادة ان يوجد مثلها في النسبة فصل اقر انه شهد زورا يشهر وفقط اعلم ان شاهد الزور
يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته او لم يتصل لانه ارتكب جريمة اتصل ضررها بالمسلمين قال صلعم
ايها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله تعالى ثم تلا قوله فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا

قول الزور وسماه رجل من الكبائر وقال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل نفس بغير حق وقول الزور
وليس فيها حد مقدر فيعزر جزاء له وتنكيلا الا انهم اختلفوا في كيفيته فقال ابو حنيفة رح يعزر بتشهيره
فقط وقالا نضربه ونحبسه وهو قول الشافعي لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا
وسخم وجهه الى آخر ما قرر في المتن وله ان شريحا رض كان يشهره ولا يضربه وبعثه الى السوق ان كان سوقيا
والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه
الناس وشريح كان قاضيا في زمن الصحابة رض ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة ولم ينكر عليه احد منهم فجعل
محل الاجماع وكان هذا منا احتجاجا باجماع الصحابة لا بتقليد الشريح لانه لا يرى تقليد التابعي ولان الضرب
ان يصلح زاجرا في حق من لم يباشرها لا يصلح زاجرا في حق من باشرها يصده عن الرجوع فوجب التخفيف باعتباره وحديث
عمر محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم الى آخر ما قال في المتن وذكر في المبسوط وشاهد
الزور عندنا المقر على نفسه بذلك لانه لا يمكن كلمة الكذب في اقراره على نفسه اما لا طريق لنا الى اثبات ذلك بالبينة
لانه نفي الشهادة والبينة حجة للاثبات دون النفي

كتاب الرجوع عن الشهادة

اعلم ان البينات شرعت للاثبات والرجوع عن الشهادة نقيضها فلذلك عرف بها ولان الرجوع عن الشهادة
تكون بعدها فتوخر عنها ركنه قول الشاهد شهدت بزور وشرطه ان يكون عند القاضي وحكمه وجوب التعزير
كما مر والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد ازاله بغير عوض وشرط جوازه ان يكون
الرجوع عند القاضي قوله قبل الحكم بها سقطت لظهور التناقض بين كلاميهما والقاضي لا يقضي بكلام
متناقض وهذا لانه عند ذلك لا يترجح جانب الصدق على جانب الكذب وبدون رجحان الصدق لا يصير حجة
ولم يضمنا لانهما لم يتلفا شيئا لا على المشهود له ولا على المشهود عليه قوله واذا شهد شاهدان بمال فحكم
الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لانهما اتلفا بشهادتهما لاقرارهما على انفسهما بسبب الضمان وهو الشهادة
الباطلة والتناقض لا يمنع ثبوت حكم اقراره على نفسه وهذا لان السبب اذا كان تعديا بمنزلة المباشرة في ايجاب
الضمان كحفر البئر ووقوعها لتعدي في التسبب لذي كان منهما وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا اعتبار للتسبب
عند وجود المباشرة ولا يلزم عليه القصاص على الشهود اذا رجعوا مع وجود المباشرة على اصله لانه انما اعتبر
السبب بما احتياطا في امر الدماء الا ترى انه يقول بالقصاص في باب القسامة ولانه منصوص عليه لما يأتي في
موضعه قلنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي ولم يحصل الاتلاف بعصابه لانه بمنزلة الملجئ بحجتهما الى القضاء
فان بعد ظهور عدالتهما وجب عليه القضاء شرعا حتى لو امتنع منه يأثم ويحل ان يعزر ولو اوجبنا الضمان عليه يمتنع
الناس عن قبول القضاء ولا يمكن استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض وتسلط المشهود له على مال المشهود عليه بالقضاء
وبسببه شهادة الشهود فاضفنا الحكم الى اصل السبب قوله وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا
كان او عينا بناء على ان تحقق الخسران عند تسليم المال الى المقضي له فاما اذا انفسخ يده على ماله فلا يتحقق الخسران

في حقه ولان الضمان يتقدر بالمثل وهما اتلفا عليه دينا حتى الزماه ذلك بشهادتهما فاذا ضمنهما قبل الاداء فقد
استوفى منهما عينا بمقابلة الدين ولا مماثلة بين العين والدين في الاعيان لم يثبت الملك للمقضي له بالقضاء
ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل والمال في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بقضاء
القاضي كذا في المبسوط وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام لو كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد
بعد الرجوع قبل ان يقبض المشهود له العين ولم يقبض لان المشهود له ازال الملك عنه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها
حتى لا ينفذ تصرف المشهود عليه فيه فلو ازالا العين عن ملكه باحد الضمان منهما لما بينهما المماثلة بخلاف ما اذا كان المشهود
به دينا قوله والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من بقي بشهادته نصف الحق فيجب على
الراجع ضمان ما لم يبق الحجة فيه وهو النصف فيجوز ان لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة
كابتداء الحول لا ينعقد على بعض النصاب ثم ينعقد باقيا ببعض النصاب لا يقال ينبغي ان يعتبر رجوع من رجع لان ثبوت
المال مضاف الى المجموع لا الى الواحد بان رجوع من رجع يجب الضمان لو اعتبر بقاء من بقي لا يجب فلا يجب بالشك قوله
واذا شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان على الراجع لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق وهذا لان الراجع وان زعم انه
تلف بشهادته عليه فالمقضي له مستحق بشهادة غيره واستحقاق ذلك عليه بالحجة يمنع من الرجوع عليه بالضمان
كمن غصب مال انسان او اتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه على المتلف اذا لم يضمنه
المستحق شيئا قوله والمتلف متى استحق سقط الضمان معناه ان الاستحقاق رافع للضمان فالاولى ان يكون مانعا
وصورته اذا اتلف انسان مالا وجده في يد غيره وقضى القاضي بوجوب الضمان عليه ثم ظهر للمتلف انه كان
ماله واثبت ذلك بالبينة فانه يسقط عنه الضمان فالاستحقاق الطاري لما كان رافعا فالاولى ان يكون الثابت
مانعا قوله فان رجع اخر ضمن الراجعان نصف المال لانه بقي على الشهادة من يبقى به نصف المال فان قلت
ينبغي ان يضمن الراجع الثاني فقط لان التلف حصل به قلت التلف مضاف الى المجموع الا ان عند رجوع الاول لم يظهر اثره
لمانع وهو بقاء من بقي فاذا رجع الثاني ظهر ان التلف بهما قوله ولو شهد رجل وعشر نسوة الى اخره [illegible]
شهادتهن الا بانضمام رجل فكان الثابت بشهادته نصف المال وبشهادتهن نصف المال لابي حنيفة رضي الله عنه
ان كل امراتين في الشهادة تقومان مقام رجل واحد كما قال صلعم في نقصان عقل النساء عدلت شهادة اثنين منهن
بشهادة رجل فعشر نسوة خمسة من الرجال فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان الضمان عليهم يكون اسداسا
قوله فان رجع النسوة العشر دون الرجل عليهن نصف الحق اما عندهما فظاهر لان الثابت بشهادتهن نصف
المال كذا عنده لانه بقي به نصف المال فصار كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة قوله لان الواحدة ليست
شاهدة اذ المراتان كشاهد واحد فكانت الواحدة بعض الشاهد وكان المقضي مضافا الى شهادة رجل وعشر
المراة قوله فان شهد شاهدان على امراة بالنكاح بمقدار مهر مثلها الى اخره الاصل ان المشهود به اذا لم يكن مالا
بان كان قصاصا او نكاحا لم يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان

على الشاهد لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان بعوض لا يعادله فبقدر العوض فلا ضمان ويجب الضمان
فيما وراءه وان كان الاتلاف بلا عوض اصلا يجب ضمان الكل فاذا ثبت هذا فنقول اذا ادعى رجل على امراة نكاحا
واقام على ذلك بينة والمراة جاحدة فقضي بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا لها شيئا سواء كان المسمى
مثل مهر مثلها او اكثر او اقل لانهما وان اتلفا البضع عليها بعوض لا يعدله ولكن البضع لا يتقوم على المتلف وانما
يتقوم على المتملك ضرورة التملك وهذا لان ضمان الاتلاف مقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال فاما عند دخوله
في ملك الزوج فقد صار متقوما اظهارا لخطره حتى يكون مضمونا عن الابتذال لان يملك مجانا فان ما يملك مجانا
لا يعظم قدره وخطره وذلك يحل له خطر مثل خطر النفوس لحصول النسل به وهذا المعنى لا يوجد في طرف ازالته
قوله وكذا اي لا يضمنان اذا شهدا على رجل بتزوج امراة اعلم انه لو ادعت امراة نكاحا على رجل واقامت عليه
بينة وقضي بالنكاح ثم رجع الشاهدان فان كان مهر مثلها مثل المسمى او اكثر ثم لم يضمنا شيئا لانهما اوجبا المهر عليه
بعوض يعدله او يزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول في ملك الزوج متقوم وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب
الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى ضمنا الزيادة للزوج لانهما اتلفاها على الزوج قدر الزيادة بلا عوض قوله
ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع فان قلت في البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان
متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بهذا البيع فينبغي ان لا يضمنا شيئا
قلت زوال الملك وان تاخر الى سقوط الخيار ولكن السبب هو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري المبيع بزوائده
فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما والبائع كان منكرا لاصل البيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار مع انكاره لانه اذا تصرف
بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع ويظهر كذبه عند الناس والعاقل يتحامى عن مثله فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في دفع
الضمان عن الشاهدين قوله ضمنا نصف المهر الى اخره جواب عن قول زفر رح فانه يقول لا يغرمان شيئا لان
جميع المهر وجب على الزوج بالعقد وانما يسقط عنه نصفه بالطلاق قبل الدخول وهما اسقطا عنه البعض
وما اوجبا شيئا ولو ضمنا فينبغي ان يضمنا لها لانهما الغيا ملكها بعض الصداق قلنا لا يجوز ايجاب الضمان عليهم للمراة
لانه سلمها البدل بتمامه بخلاف الزوج فانهم اكدوا عليه نصف البدل مع فوات جميع المبدل قوله اكدا ضمانا
على شرف السقوط الى اخره والتاكيد شبيه بالايجاب كما في مسئلة المراجعة فكانهما الزما الزوج ذلك النصف بشهادتهما
فضمنا له عند الرجوع ولا يقال كما يحتمل السقوط قبل الدخول بما ذكرتم يحتمل السقوط بعده بالخلع لان ذلك يكون
باختيار الزوج وهذا بدون اختياره وكذا اذا شهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا بعد موته ضمنا للورثة نصف
المهر ولم يرث لانا حكمنا بالبينونة في حال الحيوة ولو شهد بعد موت الزوج انه طلقها في حيوته قبل الدخول بها
ثم رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وضمنا للمراة نصف المهر والميراث لان المهر كان يتاكد ظاهرا
بالموت بحيث لا يسقط بالمسقط وكذا الميراث كان واجبا لها بموت الزوج فهما بهذه الشهادة ابطلا عليها
نصفا مؤكدا من المهر وابطلا ما ثبت بالظاهر فيضمنان لها ذلك ولو شهدا بالطلاق بعد الدخول لم يضمنا لان المهر

بالكرّ فإن المدخول لا بشهادتهما قوله لأن الولاء لا يتحول إليهما لأن العتق لا يتحول إلى الشاهدين بعد القضاء
لأنه مما لا يحتمل الفسخ فلا يتحول الولاء ضرورة لأن الولاء للمعتق بالنص قوله قال الشافعي رح يقتص منهما
كالمكره لأن كل واحد قاتل تسببا هنا وإلى لأن الولي يعان على القتل والمكره يمنع عنه حرجه الشرع فكان معنى
التسبب وهو الإفضاء في الشهادة أكثر وقد وجب القصاص على المكره فلأن يجب هنا أولى يقرر قولنا أن القصاص
جزاء مباشرة القتل ولم يوجد منهما القتل مباشرة لأنها فعل الولي فإن قلت هذا مسلم ولكنا جعلنا السبب
المؤكد بالحمل بمنزلة المباشرة وقد وجد وهو أداء الشهادة على المشهود عليه والتمكن من مباشرة القتل بشهادتهما
إذ لولا شهادتهما لما حكم القاضي ولو لم يحكم بالقتل لما تمكن من قتله قلت الشهادة ليست بقتل حقيقة وإنما تصير قتلا
بواسطة ليست في يد الشاهد وهو حكم القاضي واختيار الولي قتل المشهود عليه والفعل الاختياري يقطع النسبة
إلى الشهود كما في حافر البئر فإنه يصير سارقا وضمن القصاص بخلاف المكره لأن المكره صار آلة للمكره فأضيف فعله إليه لأن اختيار
فاسد واختيار المكره صحيح على أنه لم يقطع النسبة بالكلية فلا أقل من أن يورث الشبهة ومعها لا ينبغي للقود بخلاف الدية
لأن المال يثبت مع الشبهات قوله في المعنى ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسببا لأن السبب ما يفضي إليه غالبا
ولا يفضي هنا لأن العفو عن القصاص مندوب إليه قال الله تعالى ﴿أَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ بخلاف المكره لأنه يؤثر
حياته ظاهرا مشكل لأن الأمر على العكس فإن الظاهر أن الولي يقدم على القتل لكونه مباحا له وله ندرك ثاره والظاهر أن المكره
لا يقتل لأنه لا أباح له قتله ويحتمل أن يردع المكره عنه أو يلحقه الغوث قوله وإن رجع شهود الأصل أي بعد القضاء
وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا لأنه لم يوجد من جهتهم سبب موجب للضمان لإنكارهم سبب
الإتلاف وهو الإشهاد على شهادتهم ولا يبطل للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء لأنهم
والتحمل لا بد منه قوله وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا لم يضمنوا عندهما كما ذكر في المتن ومحمد يقول يضمنون بناء
على أن الفرع نائب عن الأصول نقل شهادتهم إلى مجلس القضاء فأما القضاء حصل بشهادة الأصول فكأنهم حضروا
بأنفسهم وشهدوا ثم رجعوا فلزمهم الضمان قوله ولو رجع الأصول والفروع جميعا يضمن الفروع لا غير
عندهما لأن سبب الإتلاف الشهادة القائمة في مجلس القاضي وإذا وجد من الفروع فيجب الضمان عليهم عند الرجوع
وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الفروع وإن شاء ضمن الأصول لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث
أن القاضي عاين شهادة الفروع ووقع بشهادة الأصول من حيث إن الفروع نابوا عنهم وقد نقلوا شهادة
الأصول بأمرهم فيتخير في تضمين أي الفريقين شاء والجهتان متغايرتان لأن شهادة الأصول على أصل الحق وشهادة
الفروع على شهادة الأصول فلا يجمع بينهم في التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد وللمشهود عليه الخيار كالغاصب
مع غاصب الغاصب فإن للمغصوب منه أن يضمن أيهما شاء قوله وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل
أو غلطوا في شهادتهم أي قالوا ذلك بعد القضاء لم يضمنوا لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم وإنما شهدوا على غيرهم
بالرجوع ولم يلتفت إلى قولهم لأن القضاء المقضي لا ينقض بقولهم كما لا ينقض برجوعهم قوله وإن رجع المزكون

عن التزكية ضمنوا عند أبي حنيفة رح بناء على أن الحكم يضاف إلى الشهادة والشهادة إنما تصير حجة بالعدالة والعدالة
إنما تثبت بالتزكية فصار في معنى علة العلة كالرمي فإنه سبب لمضي السهم في الهواء وذا سبب الوصول إلى المرمي وذا
سبب الجرح وذا سبب يرادف الآلام وذا سبب الموت ثم الموت يضاف إلى الرمي الذي هو العلة الأولى حتى يجب أحكام
القتل من القصاص والدية والكفارة وعندهما لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو أثنوا على المشهود
عليه بأن شهدوا بإحصانه ولو شهدوا بالإحصان ثم رجعوا لم يضمنوا عندنا خلافا لزفر رح له أن الجناية تغلظ
عنده فصار كحقيقة العلة ولنا أن الإحصان في معنى العلامة لأن حكم الشرط أن يمنع انعقاد العلة إلى أن يوجد والزنا
إذا وجد لم يتوقف حكمه على إحصان يحدث بعده فإنه إذا زنى ثم أحصن لا يرجم ولكن الإحصان إذا ثبت كان معرفا
حكم الزنا فثبت أنه علامة لا شرط فلم يتعلق به الوجود والوجوب إذ الحكم لا يضاف إلى المظهر قوله وإذا شهد شاهدان
باليمين ومعناه قال إنه قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر أو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق وهي غير مدخول بها
وشهد آخران بوجود الشرط أي الدخول فرجع الفريقان بعد الحكم فالضمان على شهود اليمين دون الشرط وهو قيمة العبد
أو نصف المهر لأنهم شهود العلة إذ التلف إنما حصل بالإعتاق أو التطليق وهم الذين أثبتوا تلك الكلمة وإنما كان الشرط
مانعا عند وجود الشرط أضيف التلف إليه دون زوال المانع قوله رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند
البعض بناء على أن الشرط إذا سلم عن معارضة العلة صلح علة لأن العلل لم تجعل عللا بذواتها فاستقام أن يخلفها الشرط
والصحيح أن شهود الشرط لا يضمنون كما نص عليه في الزيادات وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي رح وإليه مال فخر
الإسلام البزدوي رح ولو شهدا بالتفويض وآخران بأنها طلقت أو أعتق بالتفويض فهو كالشرط والله أعلم

باب الوكالة

كل عقد جاز أن يعقده الإنسان اعلم أن ما جاز أن يعقده بنفسه
مستبدا به جاز أن يوكل به غيره كالبيع والشراء والإجارة والنكاح والطلاق والخلع والإعارة والاستعارة والهبة
والصدقة والإيداع وتقاضي الديون والرهن والارتهان والإقراض والخصومة في سائر الحقوق ثم اعلم الوكالة الحفظ
ومنه الوكيل في أسماء الله بمعنى الحافظ ولهذا قلنا إذا قال وكلتك بمالي أنه يملك الحفظ فقط وقيل التركيب يدل على
معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل يقال على الله توكلنا أي فوضنا أمورنا وسلمنا فالتوكيل تفويض التصرف إلى الغير
وسمي الوكيل به لأن الموكل وكل إليه القيام بأمره أي فوض إليه فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه الأمر والوكالة
بالكسر والفتح لغة وهي مشروعة بالكتاب قال تعالى ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾ فأخبر الله تعالى عن
أصحاب الكهف أنهم وكلوا واحدا منهم بشراء الطعام وما قص الله تعالى عن الأمم الماضية بلا إنكار يكون شريعة لنا
ما لم يظهر ناسخه والسنة فقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام بشراء الأضحية وقد وكل عروة البارقي والإجماع
الأمة والمعقول فقد يعجز الإنسان عن حفظ ماله عند خروجه إلى السفر وقد يعجز عن التصرف في ماله لعلة هداية
أو لكثرة أشغاله أو لكثرة ماله فيحتاج إلى تفويض التصرف إلى الغير بطريق الوكالة قوله كل عقد جاز أن يعقده
الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره الذي يعقل العقد وإن كان صبيا عاقلا أو عبدا محجورا لكن ما يعقده بنفسه

قوله ويجوز الوكالة بالخصومة اي بدعوى الصحيح وبالجواب الصريح في سائر الحقوق اي في جميع الحقوق وقال
عبد الله بن جعفر كان علي رض لا يحضر خصومة ابدا وكان يقول ان للشيطان يحضرها حجما وكل عقيلا فلما كبر عقيل
واسن وكل عبد الله ثم قال فهو وكيلي فما قضي عليه فهو علي وما قضي له فهو لي ولانه يملك مباشرة الخصومة بنفسه
فيملك تفويضها الى غيره ليقوم فيها مقامه وقد يحتاج ذلك لعله هدايته او لصيانة نفسه عن الابتذال عند القضاة
والحكام وعليه اجماع اهل الاسلام قوله وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص لي اخره اعلم
ان التوكيل بايفاء الحقوق اي باداتها وباستيفاء الحقوق اي بقبضها جائز الا في الحدود والقصاص فان التوكيل
لا يصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تسقط بالشبهات فلا تستوفي بما يقوم مقام الغير لما فيه نوع شبهة
وقال الشافعي رح تستوفي الحقوق في حال غيبة الموكل ايضا وعلي هذا حق الحد ولنا انه عقوبة تسقط بالشبهات وشبهة
العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا والوكيل لا يشعر به بل هو الظاهر اذ العفو مندوب قال تعالى
فمن تصدق به فهو كفارة له ولهذا اذا كان الموكل حاضرا يجوز للوكيل ان يستوفي لانه لا يمكن فيه شبهة العفو وقد
يحتاج الموكل الى ذلك لعله هدايته في الاستيفاء او لان قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود لان
رجوعهم نادر قوله وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود اعلم انه يجوز التوكيل باثبات حد السرقة والقذف
والقصاص باقامة الشهود وادا ثبت فللموكل استيفاؤه وقال ابو يوسف رح لا يصح التوكيل باثبات الحدود
والقصاص باقامة الشهود ايضا وقال محمد مضطرب والاظهر انه مع ابي حنيفة وقيل هذا الخلاف في حالة غيبة
الموكل فاما عند حضرته فهو جائز اجماعا لان كل كلام يوجد من الوكيل عند حضرة الموكل يجعل الى الموكل اذا لم يكن
فيه عهدة على الوكيل كالامر والنكاح ولابي يوسف ان الوكيل بمنزلة البدل عن الاصل لانه دخل للابدال في هذا الباب
ولهذا لا يثبت بالشهادة على الشهادة وبكتاب القاضي الى القاضي وبشهادة النساء مع الرجال وبالاشارة
من الاخرس التي هي بدل عن العبارة ولان المقصود من الاثبات الاستيفاء فاذا لم يصح التوكيل بالاستيفاء فلا يصح
التوكيل بالاثبات ايضا بخلاف ما قال ابو حنيفة رضي الله عنه ومحمد ان التوكيل بما ولما للتسخير والقصاص فلا يضاف
الى الحد كونه الخصومة فيصح التوكيل فيه كما في سائر الحقوق وهذا لان وجوب الحد مضاف الى الجناية وظهوره مضاف
الى الشهادة والخصومة شرط محض لا اثر لها في الوجوب والظهور اذ الحكم لا يضاف الى الشرط قوله وعلى هذا
الخلاف التوكيل بالجواب في جانب من عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان التوكيل وقع هنا بدفع دعوى
القصاص والحدود وفيها يثبت مع الشبهات حتى يثبت الحقوق القصاص بالشهادة على الشهادة غير ان
اقرار الوكيل لا يقبل عليه لان فيه عدم الامر به والتوكيل باثبات حد الزنا وحد الشرب لا يصح اتفاقا لانه لا حق لاحد
فيه وانما يقام البينة على وجه الحسبة فاذا اجتنبا عنه لا يصح توكيله اياه قوله قال لا يجوز التوكيل بالخصومة
الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يصح التوكيل بغير رضا الخصم وهو
قول الشافعي ثم قيل الخلاف في الصحة والصحيح ان الخلاف في اللزوم فعنده هي صحيحة غير لازمة حتى لا يلزم الخصم

فلا يصح قوله واذا دفع الوكيل بالشري الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل بناء على ان المبادلة الحكمية حصلت
بين الوكيل والموكل فصار الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه حتى لو اختلفا في الثمن تحالفا ويرد الموكل بالعيب على
الوكيل ويسلم المبيع للموكل حكما فيرجع الوكيل عليه بالثمن قوله فله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن سواء نقد الثمن او لم ينقد
وعند زفر ليس له حق الحبس لانه زيده كيد الموكل حكما ولو سلمه اليه لا يكون له حق الحبس كذا هنا ولنا ان الوكيل كالبائع والموكل
كالمشتري فكان له حق الحبس كالبائع ولا يسقط هذا الحق بمجرد الوقوع في يده لانه لا يمكن التحرز عنه يعني القبض
للموكل على وجه لا يصير الموكل به قابضا لا يمكن التحرز عنه للوكيل وما لا يستطاع التحرز عنه جعل عفوا وكان في حكم
العدم فلم يكن دليل سقوط حقه في الحبس انما جعل يد الوكيل كيد الموكل حكما في حكم هلاك المبيع حتى هلك من مال الموكل
ولم يسقط الثمن عنه لا في حق عدم ولاية الحبس له بالثمن على ما نقول فيه موقوف فيكون للموكل عند عدم الحبس كنفسه
عند الحبس قوله فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان المبيع عند ابي حنيفة ومحمد رح اي يكون مضمونا بالثمن
قلت قيمته او كثرت لان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري فيسقط كل الثمن بهلاكه وضمان الغصب عند زفر رح
وهو ان يكون مضمونا بالمثل ان كان مثليا او بالقيمة ان لم يكن مثليا لانه صار غاصبا بحبس مال الغير بحبسه بناء على اصله
لما مر الان وضمان الرهن عند ابي يوسف حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط والا رجع بالفضل على الموكل لانه مضمون
بالحبس للاستيفاء كالرهن بعينه لان المبيع مضمون على الوكيل بالحبس للاستيفاء والثمن بعد ان لم يكن مضمونا عليه قبل الحبس
وهذا هو الرهن بعينه فان المرهون انما صار مضمونا على المرتهن ابتداء بالحبس لاستيفاء حقه بخلاف المبيع لانه
مضمون بالثمن ابتداء لا بواسطة الحبس ولان المبيع ينفسخ بهلاك المبيع ولا ينفسخ اصل العقد هنا بل يبقى بين الموكل
وبائعه فلا يكون نظير البيع قلنا ينفسخ البيع فيما بين الوكيل والموكل كما لو رده الموكل بعيب ورضي الوكيل اعلم ان
ثمرة الخلاف تظهر فيما اذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل بخمسة على الموكل عند من يقول بضمان
الرهن وعند من يقول بضمان الغصب اذا كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر رجع بخمسة على الوكيل وعند من
يقول بضمان المبيع سقط الثمن كله ولا يجب شيء قوله وان وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم الى قوله وابي حنيفة رح
ما قاله ان المقصود هو المبيع لا الثمن وقد وكله بشراء عشرة ارطال ولم يامره بشراء الزيادة فلم ينفذ عليه الزيادة بل ينفذ
على الوكيل بخلاف ما لك المسئلة لانه واقعة فيما ما هو الاصل لانه وكله بشراء هذا العبد وقد باع هذا العبد فينفذ عليه
والثمن تابع فلا يعتبر المخالفة فيه قوله ولو وكله بشراء شيء بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه ولو اشتري لنفسه
فهو للامر لانه يقول الوكالة الشرع ان ما يوجد من شرائه لهذا فهو للموكل وقد واعد عليه ولو وقع لنفسه لا يصح
الى تغرير الامر ولانه يقصد عزل نفسه فيما يوافق امر الامر وعزله يكون بالخلاف لا بالوفاق فلا يحمل قصده قوله
حملا للحالة على ما يحل له شرعا او يفعله عادة هذا تمسك بدلالة العرف والشرع بعد ذكر المسئلتين اضافة العقد
الى دراهم الامر واضافة العقد الى دراهم نفسه والتمسك بدلالة العرف والعادة شامل للمسئلتين اذ العرف مستمران
يضيف العقد الى دراهم نفسه يشتري لنفسه والمضيف الى دراهم الامر يشتري للامر فاما التمسك بدلالة الشرع

انما نرجع الى المسئلة الاولى خاصة اذا اشترى لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره حرام ولكن اشترى لغيره باضافة
العقد الى دراهم لنفسه ليس بحرام قوله ومن امر رجلا بشراء عبد بالف الى اخره اعلم ان هذه المسئلة على ثمانية اوجه
لانه اما ان يكون مامورا بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشرا
او ميتا فان كان مامورا بشراء عبد بعينه فان اخبر عن شرائه والعبد حي فالقول للمامور اجماعا منقودا كان الثمن او غير منقود
لانه اخبر عما يملك استينافه والمخبر به في التحقق والثبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق كقول المطلق راجعتك في
العدة وكذلك فان القول له ولهذا وقع التفصيل عن المولى اذا قال على وليه بالنكاح حيث لا يثبت النكاح عند ابي حنيفة
وان كان العبد ميتا حين اخبر وقال هلك عندي بعد الشرا وانكر الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للامر لانه اخبر
عما لا يملك استينافه وغرضه الرجوع بالثمن والامر ينكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمامور مع يمينه لان الثمن كان امانة
في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة على الوجه الذي امر به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا
فقال المامور اشتريت لك وقال الامر لا بل هو عندك فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه اخبر عما يملك استينافه وان
لم يكن منقودا فالقول للامر عند ابي حنيفة وعندهما القول للمامور لانه اخبر عما يملك استينافه فيصدق كما في المعين وله
ان الوكالة لا تعارك التهمة وهذا موضع التهمة فلا يقبل قوله وهذا لانه امر بشراء عبد بغير عينه والمامور يشترى
عبدا بغير عينه كما يملك الشرا للامر يملك الشرا لنفسه فلعله اشتراه لنفسه فلما لم يعجبه احال بالشرا على الموكل في
هذا ايجاب الثمن على الموكل بخلاف المعين فلا يملك بخلاف ما اذا كان العبد حيا لا يملك الشرا لنفسه يملك لكل الثمن حال
غيبته بخلاف حال حضرته وبخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانا انما صدقناه باعتبار الثمن لانه يدعي الخروج عن الامانة
فيتبعه حكم الشرا والامر تبع هنا وان كان العبد ميتا فان لم يكن الثمن منقودا فالقول للامر لانه اخبر عما لا يملك استينافه
وغرضه الرجوع بالثمن والامر منكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين ادعى الخروج عن عهدة الامانة
فيكون القول قوله قوله ومن قال لاخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر المشتري ان يكون فلان امره ثم جاء فلان فقال
انا امرته فان فلانا يأخذه لان قوله بعني لفلان اقرار منه بالوكالة فاذا انكر الامر بعده صار مناقضا والمناقض لا قول له
فيكون للموكل فان قال فلان لم امره به لم يكن له ان يأخذه لان اقرار المشتري ارتد برده الا ان يسلمه اليه واخذه الذي
اشترى له صار بيعا للذي اخذه من المشتري ويكون العهدة هذه على المشتري لان المشتري له لما جحد الامر اولا ثم بطل
اقرار المقر لزم الشرى للمشتري فاذا سلمه واخذه صار بيعا بالتعاطي كمن اشترى شيئا لغيره بغير امره حتى لزم المشتري
فان طلبه المشتري له فسلمه المشتري اليه واخذه كان بيعا بالتعاطي وفيه ان هذا ان بيع التعاطي كما يكون باخذ واعطاء
ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك ولو جد بلا اعطاء الثمن لعادة الناس في النفيس والخسيس من الاموال فيه سواء لوجود
التراضي وهو الاصل في الباب ولان العادة تجمع الكل قوله ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم
ثمنا فاشترى احدهما صح لان التوكيل مطلق فيجري على اطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما في الشرى فوجب ان ينفذ على
الموكل اذا اشترى بقيمته او بنقصان يتغابن الناس فيه وهذا بلا خلاف ولو وكله بان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء

فاشترى احدهما بخمسمائة او اقل صح لان مطلق مقابلة الالف بالعبدين وقيمتهما سواء دلالة على التقسيم بينهما نصفين
فصار كانه امره بشرا كل واحد بخمسمائة ثم وافق وان اشتراه باقل منها فقد خالف الى خير وان اشتراه باكثر منها
فقد خالف الى شر فلا يلزم الامر قلت الزيادة او كثرت الا ان يشتري الاخر بما بقي في الثمن قبل ان يختصما لان غرضه تحصيل
العبدين بالف وقد حصل فان قيل الخلاف قد تحقق والشرى الاول موقوف فكيف يكون كله للموكل قلت العمل بالصريح اقوى
من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدين بالف وانما عملنا بالدلالة اذا لم يعارضها الصريح فاذا جاء الصريح
بطل العمل بها وقال ابو يوسف ومحمد رح ان اشترى احدهما الى اخر ما في المتن قوله ومن له على اخر الف فامره
ان يشتري بها هذا العبد بعينه له عليه فاشتراه صح وان امره ان يشتري به عبدا بغير عينه فاشترى عبدا فهو
للمامور حتى لو هلك يهلك من مال المامور والالف عليه فان قبضه الامر فهو له وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو لازم
للامر في الوجهين وكذا اذا قال اسلم ما لي عليك الى فلان في كذا صح واذا قال الى من شئت فعلى الخلاف وكذا اذا امره ان
يصرف ما عليه واصله ان التوكيل بالشرى اذا اضيف الى دين على الوكيل لا يصح عنده اذا لم يكن البائع او المبيع
معينا ولهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات عينا كانت او دينا ولهذا لو اشترى بها بدراهم
على المشتري ثم تصادقا ان الدين لم يكن لم يبطل الشرى ووجب مثل الدين واذا لم يتعين صار التقييد بها والاطلاق
سواء ولو وكله بان يشتري عبدا بالف لم يعين الالف بل اطلقه صح التوكيل ولزم الامر وان لم يكن البائع او المبيع
معينا كذا هنا ولابي حنيفة ان هذا التوكيل حصل بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو لا يملك تمليك الدين من غير
من عليه الدين بنفسه من غير ان يوكله بقبضه فلا يملك الامر به ايضا ولهذا لا يصح ان يشتري بما له دين على
على غير المشتري والنقود تتعين في الوكالات حتى لو قيد الوكالة بالعين منها اما العين او سقط الدين او هلك
العين عند الوكيل بطلت الوكالة وفي الصرف يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض وقبله اذ الدين لا يملك الا بالقبض
فصار امرا بتمليك ما لا يملك وهو باطل كما اذا قال اعط ما لي عليك من الدين من شئت الجامع ان كلا منهما تمليك ما هو غير
مملوك بخلاف ما اذا عين البائع لان البائع يصير وكيلا عن الامر بقبض الدين لانه معلوم فيصير البائع قابضا
لرب الدين اولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له بقبضه وكذا اذا كان
المبيع معينا لان بتعيين المبيع يتعين البائع فكانه عين البائع ومتى لم يعين المبيع او البائع يكون البائع مجهولا
والمجهول لا يصلح وكيلا وهذا بخلاف ما لو قال للخبره اطعم عني عشرة مساكين او قال اد زكوة مالي فانه يجوز وان الفقير
منتصب وكيلا وان كان مجهولا لانه جعل الملك لله تعالى وينصب الفقير لله تعالى وكيلا عن الله تعالى في قبض حقه
وهو معلوم لم يصح التوكيل بعقد الشرى على المامور فيهلك من ماله الا اذا قبض الامر منه فيصير بيعا بالتعاطي
قوله ولو معلوم فان قلت يشكل بما لو اجر حماما باجرة معلومة وامر المستاجر بالمرمة عن الاجرة وان كان
هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجر من غير ان يوكله بقبضه لان الاجر مجهول والتوكيل المجهول لا يصح
قلت في ذلك قولهما ولئن كان قول الكل انما جاز باعتبار الضرورة فان المستاجر لا يجد الموجر كل وقت فجعلنا الحمام

فاما مقام الموجب الفسخ فاله قاضيخان رح قوله ومن دفع الى اخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها
فقال الامر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور بالف فالقول للمامور اذا كانت الامة تساوي الفا لانه امين ادعى الخروج
عن عهدة الامانة والامر يدعي لنفسه حق الرجوع على المامور بخمسمائة والمامور ينكره والقول للمنكر فان كانت تساوي
خمسمائة فالقول للامر لانه خالف اذ الامر يتناول امة تساوي الفا والمامور يشتري امة تساوي الفا لا يملك
شرى امة تساوي خمسمائة فيلزم الامة المامور وان لم يدفع الالف في المسئلة بحالها فالقول للامر ويلزم الامة
المامور اما اذا كانت قيمة الامة خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا فانهما يتحالفان لانهما اختلفا
في مقدار ما يجب للوكيل على الموكل وهما في معنى البائع والمشتري فقد اختلفا في مقدار الثمن فيجب التحالف ثم يفسخ
العقد الذي جرى بينهما ويلزم الجارية المامور لانتقاض طلب الامر وفي قوله انهما يتحالفان اشارة الى ان اصحابنا رح يقولون
ان الجارية هنا تلزم الامر لانه ان اشتراها بالف فقد وافق امره وان اشتراها بخمسمائة فقد خالفه الى خير وكيف
ما كان تلزم الجارية الامر ومراد محمد من قوله تلزم الجارية المامور انهما تحالفا لانه اذا لم يكن في المشتري عيب ظاهر بل
الوكيل مع الموكل منزلة البائع مع المشتري كانه اشتراها لنفسه ثم باعها من موكله فاذا اختلفا في الثمن
يتحالفان فاذا تحالفا نفسخ البيع المعنوي الذي كان بينهما وبقي الجارية للمامور كذا في الايضاح قوله ولو امره
ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الامر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق
البائع المامور يتحالفان لانهما اختلفا في مقدار الثمن فان قلت لم يلتفت الى التحالف لما ذكرنا لان المامور بمنزلة البائع ومن
البائع هي المخصوصة بالتحالف فكان ذلك عبارة عن التحالف وهو اختيار الشيخ ابي منصور وقيل لا تحالف وهي
اختيار الفقيه ابي جعفر وانما فارقت ما سبق حيث وجب التحالف ثم رد الامة على المامور وما وجب هنا
والرد فيها الى الامر لان البائع هنا حاضر يصدق المامور فصار تصادقهما كانشاء البيع فيبطل الاختلاف وبعد غيبته فاعتبر
الاختلاف قلنا تصديق البائع لغو لانه استوفى الثمن لانه صار اجنبيا بعد استيفائه وان لم يستوفه فكذلك في حق الموكل
لانه لم يجر بينهما عقد فلا يعتبر تصديقه فكانه الاول هو الصحيح فصل في التوكيل بشرى نفس العبد
اخر هذا الفصل لما انه شراء من وجه والاول شرى من كل وجه قوله واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى اي
وكل عبد رجلا بشراء نفسه من سيده بالف درهم ودفعها اليه فقال الرجل لسيده اشتريته له فباعه على هذا
عتق وولاؤه لسيده كان العبد هو الذي اشترى نفسه فان اطلق ولم يبين ذلك لسيده فالعبد للمشتري والالف
لسيده لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد واصله ان بيع نفس العبد من العبد اعتاق وشرى
العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل هذا لانه تعذر اعتباره حقيقة لان البيع يوجب الملك للمشتري والعبد
ليس من اهله فجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيهما فاذا اشتراه للعبد صار البائع معتقا ويلزمه
الولاء واذا اطلق الوكيل يقع العقد للوكيل على حقيقته اذ مطلق الشرى للمعاوضة بخلاف ما لو وكل غير
العبد ان يشتريه له فانه يصير مشتريا للامر سواء علم الوكيل البائع انه اشتراه لغيره او لم يعلم وههنا ما لم يعلم

انه يشتري للعبد لانه يصير مشتريا للعبد لان العقد يتم على نمط واحد لانه في الحالين يشتري وفي الحالين المطالبة متوجهة
على الوكيل لانه سفير فلا يرجع الحقوق اليه وربما لا يرضى السيد باحدهما دون الاخر فلم يستحق عليه البيان قوله
ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك الى اخره اصله ان العبد يصلح وكيلا عن غيره بشراء نفسه من مولاه لان
جواز الشراء باعتبار المالية والعبد اجنبي عن نفسه في حكم المالية ويملك المالية محل للتمليك فيصح التوكيل الا ان
البائع اذا اراد ان يحبس العبد حتى ياخذ الثمن لم يكن له ذلك لان العبد في يد نفسه والمبيع اذا كان في يد الوكيل
بالشراء حاضرا في مجلس الشراء لا يكون للبائع حق الحبس لانه بنفس العقد يصير مخليا بين المبيع والمشتري فصار قابضا له
بنفس الشراء وصار كالوديعة اذا اشتراها المودع لنفسه او لغيره والوديعة حاضرة في مجلس البيع فانه لا يملك
رب الوديعة حبسها بالثمن كذا ههنا اذا ثبت هذا فنقول اذا اضاف الشرى لنفسه بان قال بعني نفسي مني او اطلق
بان قال بعني نفسي ولم يقل لفلان عتق العبد اما الاول فلان الشرى حينئذ قبول العتق لان بيع نفس العبد من العبد
اعتاق معنى وان كان بيعا لفظا فلم يصلح للامتثال لان المستحق على الوكيل الشراء دون قبول العتق فاقتصر على العبد
لما لم يقع عن المستحق فان قلت العبد ههنا وكيل بشراء شيء بعينه والوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه
قلت نعم لكنه اتى بجنس تصرف اخر في جملة بعقد على الوكيل واما الثاني فلان المطلق يحتمل هذا ولهذا فلا يقع الامتثال
بالشك فبقي لنفسه فصل في البيع والوكيل بالبيع والشرى لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده الى قال الى قوله رح
التهمة بيننا عن الوكالات ومواضعها بالعقد مع هولاء الا ان كل واحد منهم ينتفع بمال الاخر عادة فصار
مال كل واحد كمال صاحبه من وجه ولهذا لم تقبل الشهادة فيما بينهم والبيع اخراج وادخال من الجانبين في البيع
من هولاء اخراج للنفسه من وجه فلا يجوز وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوهما ولو ان
رجلا اشترى شيئا بثمن معلوم من هولاء واراد ان يبيعه مرابحة لم يجز بلا بيان عنده خلافا لهما بناء على هذا
الاصل قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رض وقالا لا يجوز بيعه بنقصان
لا يتغابن فيه مثله ولا يجوز الا بالدراهم او الدنانير وهو قول الشافعي لان مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف لان
التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواضع الحاجة والبيع بغبن فاحش والعرض ليس بمتعارف فلا ينصرف اليه
الوكيل ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الاضحية والفحم والجمد بايام الحر والشتاء والصيف ولان البيع بغبن فاحش
بيع من وجه هبة من وجه حتى لو حصل من المريض يعتبر من الثلث ولا يملكه الاب والوصي فهو وكيل بالبيع دون
الهبة والبيع بالعرض بيع من وجه شراء من وجه وهو وكيل بالبيع المطلق فلا يدخل تحت الامر بغير ما قاله
ابو حنيفة انه مامور ببيع مطلق وقد اتى ببيع مطلق خال عن التهمة فيصح وهذا لان المبادلة المال بالمال
وذا موجود في البيع بالعرض كما وجد في البيع بالنقد وبان يضم هذا البيع الشرى لا يخرج من ان يكون بيعا مطلقا
والبيع بغبن فاحش بيع من كل وجه فانه جزء من المبيع الا ويقابله جزء من الثمن فلهذا يستحق الكل بالشفعة
ولا شفعة في الهبة ولو حلف لا يبيع يحنث به وكما تراعى في الوكالات تراعى في الايمان ثم جعل هذا بيعا مطلقا

في اليمين فكذا في الوكالة وانما لا يملك الاب والوصي مع انه بيع لعدم النظر ولان ولايتهما مقيدة بشرط النظر والبيع بالجزاف
او بالغبن الفاحش متعارف ايضا لان العرف مشترك فقد يبيع المرء الشيء للتبرم منه او للحاجة الى ثمنه وفي هذه المسائل
بقليل الثمن وكثيره ويعده الثمن عوضيه وقد يبيعه للاسترباح وعندهما لا يبيعه بالغبن الفاحش والعرض
عادة مقيد الاطلاق لان البيع احد المقصودين فلا دليل يدل على حكم الاطلاق والمسائل مروية عن ابي يوسف وعند ابي حنيفة
فيمنع في جميع ذلك انه مطلق في حق الوقت لا عامه فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا واما هذا فعام
وله ان يبيع بالنقد والنسيئة عندنا وعند الشافعي رح لا يبيع الا بالنقد لان مطلق التوكيل بالبيع معتبر بمطلق ايجاب
البيع ومطلق ايجاب البيع ينصرف الى الثمن الحال دون النسيئة وكذا مطلق التوكيل قلنا انه امره ببيع مطلق فالتقييد بالثمن
الحال يبطل سنة الاطلاق والبيع بالنسيئة معتاد عند التجار كالبيع بالنقد ولهذا يملكه الاب والوصي والمضارب قوله
وزيادة يتغابن الناس في مثله هذا فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد فاما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز
واللحم اذا زاد الوكيل بالشرى على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة او كثرت ثم الشرى موقوف والشرى مما لا يتوقف
اذا كان بخلاف امر الآمر الا ترى انه لو اوصى الى رجل ان يشتري له عبدا من ثلث ماله ويعتقه ففعل فالشرى للميت في الظاهر
فان ظهر بالميت دين نفذ الشرى للوصي كذا هاهنا قوله ان التهمة فيه اي في شرى الوكيل بالشرى التهمة متحققة
اعلم ان الوكيل يفرق بين البيع والشرى عند ابي حنيفة ان التهمة تمكنت في الوكيل بالشرى لجواز انه اشترى لنفسه
فلما لم يعجبه لغلاء الثمن اراد ان يحوله على الآمر ولا يمكن مثل هذه التهمة بالبيع حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا
ينعقد على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه ولان الامر بالشرى يلاقي ملك الغير لانه يلاقي مال البائع وذمة المأمور وليس
للانسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يعتبر اطلاق امره فيه ولان الحاجة ضرورية ولا عموم في الضرورات فاذا
صار المتعارف مرادا لم يكن غيره مرادا وامره بالبيع في ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية مطلقة ولانه لو اعتبر
العموم في الوكيل بالشرى لاشترى المتاع بجميع ملك الموكل ونحن نعلم انه لم يقصد ذلك فحمل على اخص الخصوص
وهو الشرى المعتاد بالسعر قوله لان التصرف يتكرر وجوده في الانواع اي التصرف يتكرر وجوده في العروض ويقل
في العقار وفي الحيوان بين الامرين وكلما كثر التصرف قل الغبن لكثرة الممارسة وكلما قل التصرف كثر الغبن لقلة الممارسة
قوله واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه صح عنده خلافا لهما فانهما اعتبرا العادة وبيع الانصاف غير معتاد
لان فيه تنقيص الثمن وتبعيض الباقي معيبا الا ان يبيع ما بقي قبل ان يختصما فحينئذ زال الضرر عنه وحصل مقصوده
فيجوز وهذا لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال لانه لا يجد من يشتريه كله فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع
الباقي قبل ان ينقض البيع الاول ظهر انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلم يجز وهو اعتبر مطلق
اللفظ وذا يتناول المتفرق والمجتمع الا ترى انه لو باع الكل بالثمن الذي باع به النصف جاز فاذا باع النصف به اولى
ان يجوز لانه حصل له ذلك القدر من الثمن وبقي بعض العبد على ملكه قوله وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشرى
موقوف وان كان الشرى لا يتوقف لانه انما لا يتوقف اذا وجد نفاذا على العاقد اما اذا لم يجد نفاذا على العاقد فانه

فانه يتوقف كالعبد والصبي المحجور اذا اشترى شيئا لغيره بغير امره فانه يتوقف على اجازة المشترى له
لانه لم يجد نفاذا على العاقد وهكذا هاهنا شرى النصف لم يجد نفاذا على الوكيل لانه لم ينفذ عليه اذا كان فيه مخالفة
من كل وجه وعلى الموكل لانه لم يوافق امره من كل وجه فعملنا بالتوقف فان اشترى باقيه لزم الموكل وهذا على اصلهما ظاهر لانهما
سويا بين جانب البيع والشرى وشرى البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان بين جماعة فيتوقف شراء حصة البعض لم يكلف
بشرى الباقي ثم لم يتوقف الشرى جملة فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر ظهر انه وسيلة فيعد على الآمر وان نقضه الآمر قبل ان
المأمور قبل ذلك فلا يعتبر قضاؤه قوله وان امر رجلا ببيع عبده فباعه وسلمه وقبض الثمن او لم يقبض حتى وجد المشتري
عيبا لا يحدث مثله فرده بينة او باباء يمين او باقرار من المأمور فللمأمور ان يرده على الآمر وان كان عيبا يحدث مثله فرده
بينة او باباء يمين فكذلك وان رده باقرار لم يرده على الآمر واصله ان الوكيل بالبيع والشرى هو الخصم في العيب لانه
من حقوق العقد فان كان العيب لا يحدث مثله كالسن الزائدة والاصبع الزائدة او لا يحدث مثله في هذه المدة رده القاضي
بغير بينة ولا يمين ولا اقرار لعلمه بعيبه لكونه عند البائع ويحتمل بشرط البينة والنكول والاقرار يشتبه على القاضي ان
هذا العيب قديم ام لا او علم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا ولكن لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجج لتعرف التاريخ او كان
عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء كالقرن والرتق ونحوه وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة ولكن لا يثبت الرد
بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد حتى لو عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل
فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قوله وكذلك اذا رده عليه بعيب يحدث مثله اعلم انه اذا رده بالبينة فهو لازم للموكل لان
البينة حجة في حق الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فكان الرد على الوكيل ردا على الموكل وكذا ان رده بالنكول
لان الوكيل مضطر في النكول لانه لم يباشر احوال العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير والموكل هو الذي يعرفه فكان الرد عليه
ردا على الموكل وان رده باقرار لزم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر في حق المقر دون غيره وهو غير مضطر اليه
لانه يمكنه السكوت والنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله فان قيل كيف يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل
وقد حصل الرد باقرار الوكيل فكان بيعا جديدا في حق الموكل قلت الرد ما حصل باقراره وانما حصل بقضاء القاضي على كره منه
فلا يحتمل ان يكون عقدا لفقد العقد شرطه وهو التراضي فجعل فسخا ولكن الفسخ استند الى الحجة وهو الاقرار فعملنا بهما
فمن حيث الرد فسخ كان للوكيل ان يخاصم الموكل ومن حيث انه استند الى الحجة القاصرة لزم الوكيل الا ان يقيم حجة على الموكل
وان كان المشتري رده بنفسه باقرار الوكيل بغير قضاء والعيب مما يحدث مثله لزم الوكيل ولا يكون له ان يخاصم موكله
لان هذا فسخ بالتراضي فكان له حكم عقد جديد في حق غيرهما والموكل غيرهما وصار في حق الموكل كان الوكيل اشترى
من المشتري ولو اشترى ثم لم يكن له ان يخاصم الموكل كذا هاهنا ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره لزم الموكل
بلا خصومة في رواية لانهما فعلا بانفسهما عين ما يفعله القاضي لو رافعاه اليه لان الرد حق متعين في هذا فاذا
تعين الرد صار تسليم الخصم كتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة وفي عامة الروايات ليس له
ان يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل لان الرد حصل بالتراضي فصار كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضي

وكيف يكون ذلك مع التفاوت في الولاية وحكم الاصل في هذا المطالبة بوصف السلامة في حق غيرهما ولهذا لو اسقط الرد
وجب الرجوع بحصة العيب في ملك المسايل الحوية من لا يحتمل التحول الى غيره قوله ومن قال لاخر امرتك ببيع عبدي
بنقد وبعته نسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول للامر لان الامر قد يكون مطلقا وقد يكون مقيدا
والدليل على احد الوجهين فالامر يستفاد من جهته فكان القول له كما لو انكر الامر اصلا قوله وان اختلفا في ذلك المضارب
بان قال له رب المال امرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تسم شيئا لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم
الا ترى ان له ان يودع ويبضع ويوكل وتصح المضاربة عند الاطلاق بلفظ ادفع مالا فكان القول للمتمسك بالاصل
بخلاف الوكالة فان الاطلاق والعموم فيها العارض حتى لا يودع ولا يوكل ولو قال لاخر وكلتك في مالي يملك به الحفظ فقط قوله
يتقيد باجل متعارف حتى لو باع باجل غير متعارف في التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما بناء على مسألة
قوله واخذ به كفيلا فتوى على ما رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك رح فحكم ببراءة
الاصيل فتوى المال على الكفيل لا ضمان عليه لان حق الاستيفاء للوكيل والرهن والكفالة توكيد الاستيفاء فملكهما
فاذا ضاع الرهن في يده فقد صار مستوفيا وقد اجلوكل له الا ترى انه لو استوفى الثمن حقيقة ثم هلك في يده كان الهلاك
على الموكل بخلاف الوكيل بقبض الدين لان المامور بقبض الدين يتصرف بحكم الامر ولهذا يملك الموكل منعه عن قبض الدين
والامر حصل بقبض الدين واخذ الرهن والكفيل ليس من قبض الدين في شيء فلا يكون الهلاك على الموكل والوكيل بالبيع
لا يتصرف بحكم الامر بل بحكم الاصالة لان الوكيل بالبيع اصيل في حق الحقوق فلهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن
فكان له ولاية الارتهان واخذ الكفيل

باب الوكالة بالخصومة

قوله الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اعلم ان اصل الرواية ان الوكيل بالخصومة او التقاضي وكيل بالقبض
خلافا لزفر له ان القبض غير الخصومة والتقاضي فلا يكون الوكيل بهما وكيلا به وهذا لانه يختار لهما الحذق من الناس
وللقبض امين الناس ولنا ما قاله اصحابنا ان الوكيل بالشيء وكيل بما يتم به الشيء وتمامهما يكون بالقبض
اذ الخصومة قائمة ما لم يقبض ولكن الفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء فلا يؤتمن في الخصومة ذلك صح
والتقاضي يؤتمن على المال قوله والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة حتى لو اقام المدعى عليه البينة
ان رب الدين استوفى منه او ابراه يقبل بينته وقالا لا يكون خصما وهو رواية عن ابي حنيفة والوكيل بقبض
العين لا يملك الخصومة حتى لو وكل وكيلا بقبض عبد له وغاب فاقام ذو اليد بينة انه اشتراه من الذي وكله
بالقبض لم يقبل بينته في اثبات البيع ويسمع هذه البينة لدفع الخصومة فيوقف حتى يحضر الموكل وكذا اقامت
المراة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق والوكيل بنقلهم من مكان الى مكان لا يقبل هذه البينة على اثبات
الحق والطلاق ويقبل في قصر يد الوكيل حتى يحضر الغائب استحسانا والاصل ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حق
لم يكن وكيلا في الخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك
انشاء تصرف وحقوق العقد يتعلق بالعاقد فكان خصما فيها فاذا ثبت هذا فقال ابو يوسف ومحمد الوكيل بقبض الدين

والوكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لو قبض احد الشريكين شيئا من الدين كان للاخر ان يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط
حكما حتى كان له اخذه بلا قضاء ولا رضا كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض العين وقال ابو حنيفة الوكيل
بقبض الدين وكيل بالتملك لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وهذا لان المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه الا ان الشرع
جعل ذلك طريقا للاستيفاء فينتصب خصما كالوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل باخذ الدار
بالشفعة ومسلمنا اسم بمسئلة اخذ الدار بالشفعة فان الوكيل بقبض الدين يكون خصما قبل قبضه كما يكون الوكيل بالشفعة
خصما قبل الاخذ بالشفعة بخلاف الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل الشراء لانه لا حق للموكل في المشترى قبل الشراء وللموكل
حق في الدين والدار المشفوعة قبل اخذهما واما الوكيل بقبض العين فانه ليس بوكيل بالمبادلة فصار امينا محضا ويتوقف فلم يتعلق
الحقوق بالقابض فلا ينتصب خصما ولا يقبل البينة عليه اصلا قياسا حتى لا يجب التوقف لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان
يوقف الامر حتى يحضر الموكل فاذا احضر وامر باعادة البينة على ما ادعوا لان البينة قامت على شيئين على البيع والعتق والطلاق
وعلى قصر يد الوكيل فهي حق زوال الملك على الموكل لم تقم البينة في حق قصر يد الوكيل لم يسمع في حق زوال ملك الموكل كما لو اقام
البينة على ان الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في قصر يده قوله فاذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي صح اقراره عليه
ولا يصح اقراره عند غير القاضي عند ابي حنيفة رح ومحمد استحسانا الا انه يخرج عن الوكالة وقال ابو يوسف يصح اقراره عليه وان
اقر في غير مجلس القاضي وقال زفر والشافعي لا يصح في مجلس القاضي ولا في غير مجلس القاضي وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس
ولا فرق بين ان يكون الوكيل بالخصومة من المدعي فاقر بالقبض والابراء او من المدعى عليه فاقر عليه بالحق لهم انه وكله بالخصومة وهي
اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة والاقرار اسم لكلام يجري على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضد ما امر به والوكيل
بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع والابراء والصلح ولو وكل بالخصومة واستثنى له الاقرار يصح
التوكيل ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الاقرار ولانه لو استثنى الاقرار صح بحال لا يملك فكذا اذا استثناه دلالة
والظاهر انه يستثني في توكيله الاقرار ولهذا لو وكله بالجواب مطلقا ينصرف الى جواب هو خصومة اذ العادة في التوكيل جرت بذلك
ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى والوكالة يتقيد بدلالة العرف ولهما ان التوكيل صحيح قطعا فيتقيد الصحة توكيله انما الداخل تحت
التوكيل ما هو مملوك له قطعا والمملوك له قطعا مطلق الجواب لا جواب مقيد وهو الانكار فانه اذا عرف المدعي محقا لا يملك الانكار
شرعا او توكيله بما لا يملك لا يجوز شرعا والديانة تمنعه من ذلك فحملناه على هذا المجاز تحريا للصحة قطعا وطريق المجاز موجود لان الخصومة
جواب مقيد قوله ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف لا يصح لانه لا يملك الاستثناء لان من اصله ان صحة الاقرار باعتبار قيامه
مقام الموكل لا انه من الخصومة فيصير ثابتا بالوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الوكيل الثمن او لا يسلم
المبيع فان هذا الاستثناء باطل كذا هذا وفي ظاهر الرواية يصح الاستثناء لان صحة اقرار الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ الى
المجاز حملا على ما هو اولى بالمسلم اذ الخصومة منازعة وهي حرام والتوكيل بالحرام حرام فحملنا على المجاز بظاهر حاله ولهذا
الاستثناء ليس له المراد حقيقة الخصومة لا الجواب الذي هو مجاز لان التنصيص زيادة دلالة على انه مالك للانكار ولا غير
لا دلالة الحال عند التصريح بخلافه وعن محمد انه اذا وكل الطالب واستثنى الاقرار جاز ولم يجز المطلوب لان الطالب لا يجبر على الخصومة

فله ان يوكله بشيء دون شيء والمطلوب يجبر عليها فلا يملك الوكيل ما فيه اضرار بالطالب وقال ابو يوسف الموكل
اقام الوكيل مقام نفسه مطلقا فيقتضي ان يملك ما كان للموكل والموكل يملك الاقرار بنفسه في مجلس القضاء
وفي غير مجلس القضاء فكذا الوكيل وقالا الوكيل بها وبالجواب سمي خصومة حقيقة بان ينكر او مجازا بان يقر والاقرار
في مجلس القضاء يسمى خصومة مجازا لانه خرج في مقابلة الخصومة فيسمى باسمها كما قال تعالى جزاء سيئة سيئة مثلها
او لان الخصومة سبب له فكان اطلاق اسم السبب على المسبب او لان مجلس الحكم مجلس الخصومة فما يجري فيه يسمى خصومة مجازا
وانما يملك الاقرار من حيث انه جواب الخصم لا من حيث انه اقرار والجواب يستحق عليه وهو موكل به اذ الظاهر ساله بالمستحق عليه
وذا يختص بمجلس القاضي ولكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء خرج الوكيل عن الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال
اليه لانه لا يمكن ان يبقى وكيلا بمطلق الجواب لانه لا يملك الانكار لانه صار مناقضا في كلامه ولو بقي وكيلا لبقي وكيلا بجواب مقيد
وهو الاقرار وما وكله بجواب مقيد وانما وكله بالجواب مطلقا وصار كالاب او الوصي اذا اقرا اقرارا على الصبي لا يملكان
الخصومة في تلك الحادثة بعد ذلك قوله ومن كفل بمال عن رجل اي رجل له على رجل مال فوكل الطالب الكفيل بقبض المال
من المطلوب لا يكون وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صحت الوكالة هنا لصار الوكيل عاملا لنفسه
في ابراء ذمته عن المطالبة اذ الكفيل مطالب من جهة صاحب المال فصار الكفيل بالوكالة ساعيا فيما يستفيد به ابراء نفسه
عن المطالبة فتبطل الوكالة لعدم ركنها فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح نص عليه في الجامع
وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا ثمة صح لانه تمليك لا انه توكيل كما في قوله طلقي نفسك ولان
قبول قوله من لوازم الوكالة اذ الوكيل يكون امينا ولو صححناها لا يقبل قوله لكونه متهما فيما يستفيد به البراءة فينتفي
لانتفاء لازمها ونظيرها ان المولى اذا اعتق عبده المأذون المديون ضمن قيمته للغرماء وطالب العبد بجميع الدين كان
المولى كفيلا عن العبد فلو وكل المولى بقبض المال عن العبد كان باطلا لان المولى حينئذ يصير عاملا في اسقاط ضمان القيمة عن ذمته
قوله ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه
خالص مال المديون اذ الديون تقضى بامثالها وكذا ان ادعى الغريم الايفاء يؤمر بقضاء الدين لان الوكالة ثبت ولم يثبت
الايفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر حقه ويتبع رب الدين ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل بالله ما يعلم ان الطالب قد استوفى
الدين لان النيابة لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف لان الحق ثبت للوارث فكان الحلف بطريق الاصالة دون النيابة
قوله الا ان يكون ضمنه عند الدفع صورة التضمين ان يقول الغريم للوكيل نعم انت وكيله ولكن لا آمن ان يجحد الطالب
ويجحد وكالة الوكيل ويأخذ مني ثانيا ويصير ذلك دينا الى علمه بالنفاق يعني فهل انت كفيل عنه بما يأخذ مني فيقول
نعم وصار كفيلا فاذا احضر الطالب وجحد الوكالة واخذ دينه من المديون حلت الكفالة لانه في زعمهما ان الطالب
ضامن وما قبضه مضمون عليه فكان هذا اضافة الضمان الى سبب القبض فصح لانه اضاف الضمان الى سبب الوجوب
وهو القبض قوله ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه على رجاء الاجازة فان لم يصدق
الدائن على الوكالة ورجع على المديون رجع المديون على الوكيل لانه لم يصدق لان الدفع اذا كان برجاء الاجازة امانة

كان المدفوع اليه مقبولا فيكون المدفوع امانة في يده فلا يكون ضامنا لان المدفوع اليه لا يقبضه ليكون امانة عنده من جهة
المديون وانما يقبضه ليكون امانة من جهة الطالب فلا يمكن اعتبار الامانة من جهة المديون قوله وكذا اذا دفعه اليه على
تكذيبه اياه في الوكالة يعني لو ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فكذبه او سكت لا يؤمر بالتسليم لانه لم يقر له بشيء بمجرد
الدعوى لا يؤمر بتسليم شيء قوله وفي الوجوه كلها يعني لو دفع المال اليه لا يسترد المدفوع سواء صدقه او كذبه او سكت
لان حق رب الدين يتعلق بالمدفوع اما اذا صدقه فظاهر وكذا ان لم يصدقه لاحتمال انه وكله وان لم يوكل يحتمل انه يجيز
قبضه فيبطل حق الاسترداد الا ترى انه لو دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد فههنا احق ولو دفع الغريم
المال الى الوكيل ثم اقام البينة انه ليس بوكيل او اقام البينة على اقراره ان الطالب ما وكله لم يقبل ولو اراد ان يستحلفه على ذلك
لا يحلف عليه لان كل ذلك بناء على دعوى صحيحة ولو لم يوجد لكونه ساعيا في نقض ما اوجبه للغائب فان اقام الغريم البينة ان
الطالب جحد الوكالة وقبض المال منه يقبل لانه يثبت لنفسه ولانه الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق
الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل بعض
يد الوكيل ضرورة وجاز ان يثبت الشيء ضمنا وضرورة ولا يثبت قصدا قوله وان وكله بعيب في جارية يعني لو اشترى
من اخر جارية وطعن المشتري فيها بعيب فوكل رجلا بالخصومة مع البائع وغاب فقال البائع ان المشتري رضي بالعيب فالقاضي
لا يقضي بالرد حتى يحضر المشتري فيحلف بخلاف الدين والفرق لهما في مسئلة الدين ان التدارك ممكن لو قضى بالتسليم ولم ينتظر
يمين الغائب لانه متى حضر الطالب امكننا ان يستحلفه ويسترد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله اذ القضاء نفذ ظاهرا
لانه ما قضي الا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسلة وهنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة لان قضاء
القاضي في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة رضي الله عنه ومتى نفذ القضاء بالفسخ ظاهرا وباطنا
لا يكون للبائع ان يستحلف المشتري اذا حضر على الرضا لانه لا فائدة في استحلافه لان فائدته ان ينكل فيظهر انه كان راضيا بالعيب
وان حلف الفسخ لم يكن بيعا للمشتري لان القاضي اخطأ في قضائه بالفسخ ولكن عند ظهور الخطأ في القضاء لا يبطل قضاؤه بالفسخ
فالواجب ان يتحد الجواب عند ابي يوسف ومحمد رح في الفصلين ولا يؤخر القضاء بالرد لان التدارك ممكن عندهما في هذا كما في
مسئلة الدين لان القضاء بالرد لا ينفذ في الباطن عندهما كالقضاء بالتسليم وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين
اي فصل الرد بالعيب وفصل الدين لان ح مذهبه ان القاضي لا يرد المبيع على البائع اذا كان المشتري حاضرا واراد الرد
ما لم يستحلفه بالله ما رضي بهذا العيب وان لم يدع البائع فاذا كان المشتري غائبا لا يرد عليه ايضا حتى يستحلفه صيانة
للقضاء عن البطلان ونظرا للبائع والمديون فصار عنه روايتان في رواية مثل قول محمد وفي رواية يؤخر فيهما اعتبارا للنظر
قوله وفي المسائل كلها ذلك يصير متبرعا يعني الوكيل بالانفاق يصير متبرعا في انفاق مال نفسه بغير امر الموكل ويلزمه
رد ما قبض اليه لان الدراهم يتعين في الوكالات بدليل انها لو هلكت بطل الوكالة وهذا القياس وفي الاستحسان لا في قضاء الدين
لانه ليس بوكيل بالشراء فاما الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لان معناه في الانفاق الشراء مما يحتاج اليه في النفقة والوكيل
بالشراء لا يكون متبرعا قياسا واستحسانا لانه لا يمكنه استصحاب دراهم الموكل في الاحوال كلها وربما يظفر في السوق بشيء

مما يحتاج اليه فلو لم يمكن من البيع في مقدار الثمن من دراهم بنفسه على سبيل الاعراض من الموكل واحد دراهمه بحبه حقه لكونها ظاهرا عبس حقه ادى الى الاخلال بالغرض المطلوب من التوكيل وبهذا الطريق اذا اوصى الوصي من الصغير بمال نفسه يمكن من الرجوع به في ماله كذا في الايضاح وانما اخر هذا الباب

باب عزل الوكيل

لان عزل الوكيل يعد ثبوت الوكالة **قوله** وللموكل عزل الوكيل اعلم ان للموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة فان كان الوكيل حاضرا والخصم غايبا فاراد ان يعزله فان كان وكيل الطالب صح عزله لان الطالب بالعزل يبطل حق نفسه اذ خصومة الوكيل حق الطالب لقيامه مقام الطالب وخصومة الطالب بنفسه حقه فكذا خصومة من قام مقامه وان كان المطلوب فان كانت الوكالة بغير التماس الطالب صح عزله وان كانت بالتماسه لا يصح عزله حال غيبة الطالب لان للوكيل ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو ان يحضر مجلس الحكم ويخاصمه ويستحقه فلو صح عزله يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب بها يعتقد قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة مع الوكيل ايضا وصار كالوكالة المشروطة في عقد الرهن فان الراهن لا يملك عزل الوكيل لما فيه من ابطال حق المرتهن بخلاف ما اذا كان الطالب حاضرا فان حقه لا يبطل اصلا الا انه ان لم يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع المطلوب ويمكنه ان يطالب منه وكيلا اخر وبخلاف ما اذا كان الوكيل بغير التماس الطالب حيث يصح العزل حال غيبة الطالب لانه لم يكن يبطل حق الطالب لانه رضي بيطلان حقه حيث لم يلتمس التوكيل مع علمه ان الموكل ربما يعزله فلا يمكنه الخصومة معه **قوله** فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وقال الشافعي رح ينعزل وان لم يبلغه الخبر لان ما العزل يسقط حق نفسه لان يعود الوكالة حق الموكل والمرء يتفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق ولنا ان في العزل بغير علمه اضرارا به لانه ربما يتصرف بناء على انه وكيل ثم يظهر انه غير وكيل فيلحقه عهدة وضمان لانه اذا نقد من مال الموكل او يسلم المبيع يضمنه فيتضرر به ولان العزل خطاب ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم كخطاب الشرع فلا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به دفعا للضرر عنه ويستوي الوكيل بالنكاح والطلاق لما ذكرنا **قوله** ويبطل الوكالة بموت احدهما اي الموكل او الوكيل وجنون احدهما جنونا مطبقا ولحوق احدهما بدار الحرب مرتدا بناء على ان الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط قيام الامر في كل ساعة وبهذه العوارض يبطل امره فيبطل الوكالة ضرورة **قوله** وشرط ان يكون الجنون مطبقا اي مستوعبا من قولهم اطبق الغيم السماء اي استوعبها لان كثيره كالموت وقليله كالاغماء وحد الجنون المطبق شهر عند ابي يوسف لانه يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس وعند محمد حول كامل هو الصحيح لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله اية استحكامه لانه يسقط به جميع العبادات كالصلوات والصوم والزكوة اما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكوة فلا يكون في معنى الموت **قوله** وان كان الموكل امراة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى يموت او يلحق بدار الحرب لانه لا اثر لردتها في عقودها لانها ليست سببا لهلاكها **قوله** واذا وكل المكاتب ثم عجز الى اخره بناء على ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والحجر واذا كان التوكيل بالتقاضي او بقضاء الدين لا يبطل بالحجر والعجز لان الوكالة تبقى في كل شيء يبقى مطالبا ومطالبا ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي والعلم شرط العزل القصدي لا للعزل الحكمي كما اذا اعتق العبد الذي وكل بيعه

وكلام

قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما وفي المبسوط لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا بالالحاق ما لم يقض القاضي بلحوقه **قوله** عند ابي يوسف لا يعود الوكالة بناء على ان قضى القاضي باللحاق بمنزلة القضاء بموته وذلك ابطال منه للوكالة الاترى انه يعتبر الواقعة منه وبين امراته والعتق في مدبره وام ولده لا يرتفع فكذا الوكالة التي مطلقه لا يعود وعادت عند محمد رح بناء على ان صحة الوكالة الى الموكل حقه وانه بعد اللحاق بدار الحرب لكنه عجز عن التصرف لعارض على شرف الزوال فاذا زال العارض صار كان لم يكن فيبقى الوكيل على وكالته **قوله** ولو عاد الموكل يعني اذا ارتد الموكل ولحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحوقه فان عاد مسلما لم يعد الوكيل على وكالته فابو يوسف سوى بين ارتداد الوكيل والموكل ومحمد فرق فقال الوكالة يتعلق بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على البتات فاما ردة الوكيل فلم يزل ملك الموكل فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف لعارض فاذا زال العارض صار كان لم يكن وعن محمد رح انه سوى بينهما وقال يعود وكيلا كما كان فيهما لان الموكل اذا عاد مسلما اخذ عليه ما له على قديم ملكه وقد يتعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته وجه قوله لا يعود الوكالة في الظاهر انها زالت والانتقال في زوال الملك عن ملكه الى ورثته ولو زال ولاية الموكل مع بقاء المحل في ملكه لا يحل الوكيل عنه لا يعود وكيلا كما لو جن الموكل جنونا مطبقا فمع زوال المحل اولى ان يعود وكيلا **قوله** يتعلم وجوهها الى اخره وهذا لانه لما فعل الشيء بنفسه تعذر على الوكيل ذلك الفعل فيبطل الوكالة حتى لو الموكل ان طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لانه امكن ان يعمد ما وكل به ولو زوجها الوكيل واما نهاه حسب يكون له ان يزوج الموكل لان الحاجة قائمة **قوله** فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لانه لما انعزل ببيعه بنفسه لا يعود وكيلا الا بتجديد الوكالة وجه الظاهر ان الوكالة اطلاق التصرف والعزل لم يوجد صريحا وانما امتنع لعارض وقد زال **قوله** بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان التوكيل بالبيع للحاجة والحاجة لم ينقص لان الرد بقضاء بلا اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه فله ان يبيعه اما الواهب فمختار في الرجوع فيستدل برجوعه عدم حاجته الى الهبة اذ لو كان محتاجا لما رجع فيه فكان دليلا على نقض الوكالة

كتاب الدعوى

وجه المناسبة بينهما وبين ما تقدم ان الوكالة بالخصومة سبب داع الى الدعوى عند القاضي فالمسبب ابدا يتلو السبب اعلم ان الدعوى في اللغة اضافة الشيء الى نفسه حالة المسالمة والمنازعة وفي الشرع عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه حالة المنازعة يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطا والمصدر الادعاء افتعال منه والدعوى اسم من الادعاء والفها للتانيث فلا ينون يقال دعوى صحيحة او باطلة وجمعها دعاوي بفتح الواو كفتوى وفتاوى وجمعتها اي يدعو الى نفسكم او لنفسكم والدعوة بالفتح المدعاة وهي المادبة وبالكسر في النسب والمدعي من يقصد ايجاب الحق على غيره الا ان اطلاق المدعي في عرف اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة البينة فاما بعدها فتسميه محقا لا مدعيا ويقال للمسيلمة لعنه الله عليه مدعي النبوة ولا يقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم مدعي النبوة لانه قد اثبتها بالمعجزة فحرصنا ان

صحيحة بمجردها وجوب حضور المدعى عليه **قوله** وعلى هذا القضاة اي على وجوب حضور المدعى عليه القضاة وبهذا نطق الكتاب قال تعالى وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ فقد الحق الوعيد لمن امتنع عن الحضور بعد ما طولب به وذلك دليل لزوم الحضور يستحق عليه من آجرهم اي ياجرهم **قوله** وذكر قيمتها لان العين لا يعرف بالوصف والقيمة يعرف بها اي القيمة شيء يعرف العين هذا اذا كان المدعى عليه منكرا ان يكون ذلك الشيء في يده او يكون مقرا لكن يلحقه مؤنة كثيرة في ذلك وبعض القضاة يقولون لا يشترط بيان القيمة لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ملكه بان ورث شيئا كذا في ادب القاضي وفيه قال صاحب الكتاب العين اذا كان مستهلكا حقيقة وحكما بان كان غائبا كانت الخصومة في المالية والقيمة فلا بد من بيان القيمة قال القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة رح فيهما وان كان العين غائبا وادعى انه في يد المدعى عليه فانكر ان بين المدعي قيمته وصفته يسمع دعواه ويقبل بينته وان لم يبين القيمة بان قال غصب مني عين كذا ولا ادري انه هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة ليتضرر به **قوله** ولو ادعى عقارا حدده اي ذكر حدوده يقال حددت الدار احددها حدا والتحديد مثله والعقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار كذا في الصحاح **قوله** فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافا لزفر رح لان التعريف لم يتم لانه لم يذكر الحد الرابع ولم يوجد لنا اقامة الاكثر مقام الكل بناء على ان الحكم للغالب وان كان الرجل مشهورا اكتفى بذكره وفي الدار لا بد من ذكر التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة وعندهما لا يشترط لان الشهرة ومعنية عنه فلم يعد دها لانه يحلومه الا بالتحديد **قوله** بقيت التهمة المواضعة اي يحتمل انهما تواضعا على ان يصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعي حتى يتصرف فيه وهو في الواقع في يد مالك فان ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير ويؤدي ذلك الى نقض القضاء عند ظهور انه في يد الثالث **قوله** وانه يطالبه به بناء على انه لا بد من طلبه حتى يجب على القاضي اعانته **قوله** فان اعترف قضى عليه بها اعلم ان اطلاق لفظ القضاء توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف على القضاء وكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها **قوله** وان انكر طلب القاضي من المدعي البينة على دعواه لان الاصل في فصل الخصومة البينة ولهذا ابتداء رسول الله صلعم حيث قال للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال ورتب اليمين على عدم البينة فلا بد من السؤال عن البينة ليمكن من الاستحلاف فان احضر البينة قضى عليه بها لانه يؤيد دعواه بالبينة فهي في محله من البيان لانها دالة واضحة يظهر بها الحق من الباطل وقيل مشتقة من البين لانه يقع الفصل بين الصادق والكاذب ان عجز عن اقامة البينة يستحلفه القاضي اذا التمس المدعي ذلك ثم اعلم انما جعل يمين المنكر حق المدعي لانه علم ان المدعي يزعم انه صار مسلما حقه بانكاره فالشرع جعل له حق الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم باليمين الغموس يهلكه للمدعى عليه فيكون اليمين بمقابلته او هو مشروع كالقصاص وان كان على خلاف ما زعم

ان اطلاق اسم المدعي على من لا حجة له عرفا وركنها اضافة الشيء الى نفسه وشرط جوازها مجلس القضاء فالدعوى في غير مجلس القضاء لا يصح حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابه وحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه اعلم ان المدعي من اذا ترك ترك اي لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه بخلافه اي يجبر على الخصومة اذا تركها وهو حد تام **قوله** المدعي من لا يستحق الا بحجة والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد فانه اذا قال هو لي كان مستحقا له ما لم يثبت الخبر استحقاقه **قوله** المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر كما اذا ادعى دينا بوجه من الوجوه على آخر فانكره فالبينة على المدعي لدعواه امرا عارضا وهو شغل ذمة خصمه والمدعى عليه هو المنكر لتمسكه بالاصل وهو براءة ذمته فان اقر بالدين وقال قد قضيته اياه كان هو المدعي لانه يدعي امرا عارضا **قوله** وقال محمد رح في الاصل اي المبسوط المدعى عليه هو المنكر وهذا حد صحيح لكن الشان اي الامر العظيم في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق بناء على ان الاعتبار للمعاني دون الصور فانه قد يوجد الكلام من شخص في صورة الدعوى وهو انكار معنى فان المودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرد صورة وهو منكر لوجوب الضمان معنى ولهذا يحلفه القاضي اذا ادعى الرد انه لا يلزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه على انه رده لان اليمين ابدا يكون على النفي فان قيل المودع يدعي الرد متمسك بما ليس بثابت اذ الرد لم يكن ثابتا وهو يدعيه والمودع متمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد فانه كان ثابتا وهو يدعيه فكان ينبغي ان يكون المودع مدعيا والمودع مدعى عليه قلت المودع يدعي فراغ ذمته عن الضمان وهو الاصل والمودع يدعي شغل ذمته وانه لم يكن ثابتا ولهذا يقبل بينته اذا اقامها اعتبارا للصورة ويجبر على الخصومة ويحلف اعتبارا للمعنى فان قلت يشكل على هذا ما اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين اليه او وكيل رب الدين ثم حضر رب الدين وانكر الوكالة فالقول لرب الدين على ما مر في باب الوكالة بالخصومة ان المديون في دعوى البراءة متمسك بالاصل قلت انعكس الحكم هناك لانعكاس العلة لان المديون يدعي البراءة بعد الشغل فكان الشغل اصلا والبراءة عارضا واما ههنا كان البراءة امرا اصليا فمدعي البراءة كان متمسكا بالاصل فكان القول له اي للمودع لما ان ذمة المودع كانت فارغة عن الشغل في الاصل وكان الشغل عارضا بحالة قبض الوديعة في انكار الرد يدعي الشغل وهو امر عارض فلا يكون القول قوله **قوله** ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه بان قال حنطة او شعير وقدره بان قال عشرة اقفزة وقال فخر الدين ويبين نوعه ايضا مثل سقية او برية ربيعية او خريفية ويذكر انها جيدة او وسط او ردية وهذا بناء على ان الدعوى نوعين صحيحة وفاسدة فالصحيح ما يتعلق بها احكامها وهو احضار الخصم ووجوب الحضور والمطالبة بالجواب ووجوب اليمين اذا انكر والاثبات بالبينة ولزوم احضار المدعى والفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الاحكام وفساد الدعوى باحد المعنيين اما ان لا يكون ملزمة شيئا على الخصم اذا ثبت كمن ادعى على غيره انه وكيله والثاني ان يكون المدعى مجهولا في نفسه لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة البينة والالزام لا يتحقق في المجهول لان القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول بنفسه المدعى ولا يشكل المدعى عليه **قوله** فان كان عينا في يد المدعى عليه الى آخره اعلم ان المشايخ رح قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها او بعث امينا **قوله** ويتعلق بالدعوى اي بدعوى

فالمدعى عليه بسائل الثواب بذكر اسم الله صادقا فان قلت ما وجه تخصيص جانب المدعي بالبينة وجانب المدعى
عليه باليمين ولم ينعكس مع ان المعنى المطلوب من هذا وهو اظهار الصدق كائن في كل واحد منهما في هذا يتحقق في العكس
وما وجه تخصيص عدد الاثنين في البينة ايضا قلت ذلك المعنى فيهما بعد ورود الشرع به وهو ان كل واحد من
المدعي والمدعى عليه محتاج الى نوع تأكيد ليترجح جانب صدقه على الاخر ولم يكن ذلك التأكيد في جانب المدعى عليه ثم المدعى عليه
متمسك بما هو الاصل لان الاصل براءة الذمة ولم يكن الاملاك في يد الملاك فهو غير محتاج الى شيء آخر يؤكد قوله
لتمسكه بالاصل وانما المحتاج اليه المدعي لدعواه ما هو خلاف الاصل فلما جاء المدعي بشاهد واحد يقوى صدقه لكن صدق
المدعى عليه يقوى من جهة اخرى ايضا بشهادة الاصل له لما عرف فاستوى في احتمال عليه الصدق لتساويهما فيما يوجب
الترجيح فوجدت المعارضة فاحتيج الى الترجيح فترجح جانب المدعي بانضمام الشاهد الثاني الى الاول والمعنى في انضمام
الشاهد الثاني الى جانب المدعي دون جانب المدعى عليه ظاهر هو عليه مجانسة الشهود ومجانسة انضمام الحادث الى
الحادث لان الشاهدين كليهما حادثان واما لو قلنا باليمين على المدعي فلا يخلو اما ان يقول فيه يترجح جانب المدعي بشاهد
واحد ويمينه ولا وجه للاول لانه يوجب الترجيح قبل المعارضة لانها بالمساواة ولا مساواة بين قول المدعي والمدعى عليه
لرجحان قول المدعى عليه لتمسكه بالاصل وهو براءة الذمة ولا وجه للثاني ايضا لانعدام مجانسة الضم لان اليمين ليست
من جنس الشهود قوله لانتفاء التهمة عنها اي عن الدعوى بناء على ان المدعي متهم في دعواه فاذا قامت البينة على
وفق دعواه انتفت التهمة عنها والاوجه ان يقول الضمير في عنها يرجع الى البينة لان الشاهد ما جر نفعا لنفسه
بالشهادة فحينئذ يصح ان يقال يقضى بالبينة لانتفاء التهمة عن البينة قوله لان اليمين حقه اي حق المدعي
الا ترى كيف اضيف الى المدعي بحرف اللام في قوله عليه السلام لك يمينه اعلم ان يمين المدعى عليه كما هي حق المدعي حيث انها تستوفى بدون
طلبه وهي ايضا حق المدعى عليه من حيث ان شرعيتها انما كانت لاظهار صدق المدعى عليه وما كان يرجح صدق الانسان
حاله كذا في الاسرار وانما الحق لليمين حق المدعي لانه يدعي ان المدعى عليه اتوى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر
كما زعم يكون اتواء بمقابلة اتواء لان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والا ينال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله على
سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر به

باب اليمين

اعلم ان هذا الترتيب
من الترتيب الموجود كما ان الشرع شرع اليمين بعد العجز عن اقامة البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به شرع في هذا
الباب في حكم اليمين قوله حاضرة في المصر احترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة لو كانت حاضرة فيه لا يجوز
الحكم باليمين بالاتفاق قوله وقال ابو يوسف يستحلف بالنص كما ذكر في المتن ولان للمدعي غرض صحيح في الاستحلاف
وهو ان يقصر المسافة والمؤنة عليه باقرار المدعى عليه وبنكوله عن اليمين فيتوسل الى حقه في الحال فكان له ان يطلبه قوله
ولابي حنيفة ما روي في المتن ولان المنكر انما يكون مستحلفا حق المدعي بانكاره اذا لم يكن له بينة حاضرة ولو استحلف المطلوب الخصم
مع حضور الشهود لكان في ذلك افتضاح المسلم اذا اقام المدعي البينة بعد ذلك كذا في المبسوط قوله فلا بد من حقه
دونها اي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن اقامة البينة اي بخبر العجز عن اقامة البينة بكونه واليه الاستحلاف

قوله ولا ترد اليمين على المدعي وعند الشافعي رح اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين
على المدعي فان حلف الا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيصير يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا
واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه ان حلف قضي له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشيء لانه صلعم قضى بشاهد
ويمين وفي عمومها ما قاله اصحابنا رح يقول يستحلف المدعى عليه فقط ويقضى عليه بالنكول لقوله عليه السلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر ومطلق التقسيم يقتضي انتفاء مشاركة كل واحد منهما عن قسم صاحبه يدل على ان جنس الايمان في جانب
المدعى عليه واليمين في جانب المدعي الالف واللام لاستغراق الجنس فجعل جنس الايمان حجة للمدعي فهو خالف النص
وحديث الشاهد واليمين غريب ما رواه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في خبر التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن
معين يرده فان قلت هذا التمسك انما يصح لو يحمل الخارج لكونه مدعيا وصاحب اليد لكونه منكرا وليس كذلك
لان كل واحد منهما يصلح ان يكون مدعيا من وجه ومنكرا من وجه لما عرف في مسألة اختلاف المتبايعين وعلى هذا التقرير
لم يكن في الحديث دلالة على ان اليمين لم يشرع على المدعي فان قلت التمسك بهذا الحديث على الوجه الذي قلنا صحيح وذلك لان
ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر يقتضي ان لا يمين على المنكر والمنكر غير المدعي لان النبي صلعم
قسم الخصومة فجعل قسما مدعيا وقسما منكرا وقسم الحجة نوعين نوعا على المدعي ونوعا على المنكر والقسمة تقتضي التمييز
فتميز باعتبار هذا الوجه وهو ان جعلنا الخارج مدعيا والمدعى عليه منكرا بناء على اول قوليهما في الخصومة على هذا الطريق
لان ما يصدر من اول اقوال المدعي هو دعوى ما في يد المدعى عليه واول اقوال المدعى عليه في جوابه انكار ما ادعاه فسمي
كل واحد باول ما يصدر منه في الخصومة واول اقوال المدعى عليه في جوابه انكار ما ادعاه فسمي مقصودا وهو المقدم
وما ذكر من انكار المدعي انكار المدعى عليه ودعوى المدعى عليه لما في يده وقع ضمنا لا قصدا فلا يستحق ان يسمى الشيء
بالمعاني الضمنية واما حكم المتبايعين من قبول بينتهما وغيره فحكم ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره كذا
في الاسرار قوله ولا تقبل بينة صاحب اليد في ملك المطلق اراد بالملك المطلق ان لا يدعي الملك بسبب بان يقول هذا
ملكي بسبب الشراء او الارث وغير ذلك بل يقول هذا ملكي فحسب لما عرف ان المطلق هو المعرض للذات دون الصفات
قيد به احترازا عن الملك المقيد بدعوى النتاج وعن الملك بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد وواحد منهما قابض
وبما ادعيا الشراء من اثنين وارخا وتاريخ ذي اليد اسبق فان في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كذا في الاسرار
قوله وبينة الخارج اولى يعني ان بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج اولى بالقبول
عندنا وفي احد قولي الشافعي تهاترت البينتان ويكون المدعي لذي اليد تركا في يده وفي احد قوليه كذا وفي قول يرجح
بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء ملك بالبينة قوله كالنتاج يعني لو تنازعا في دابة وكل واحد منهما ادعى
انها نتجت في ملكه واقاما البينة يقضى ببينة ذي اليد ولو برهنا على نكاح امرأة والمرأة في يد احدهما لا تقبل بينة الخارج
ولو ادعى كل واحد منهما انها امته دبرها او اعتقها او استولدها قضي ببينة ذي اليد بناء على انه استوت البينتان في
الاثبات فيرجح جانب صاحب اليد بيده هذا تقرير ما قاله اصحابنا رح والمسألة تشعبت للاسانيد لانها وان كانت في التحقيق

مسة مطهر ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك وبه احكام عندنا بعثت باسبابها احدث الشبهة حكم الاثبات كالعلل
الشرعية فانها امارات في حق الشرع وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع
لان الحكم محال اليهم بشهاداتهم ايجابا وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه لا تثبت بها يستحق على ذي اليد الملك الثابت له
ظاهر بيده وذو اليد لا يستحق على الخارج بينته شيئا لانه لا ملك للخارج بوجه فكانت اولى بالقبول بناء على ان
البينات للاثبات فتطلب الترجيح او الامر حيث الثبوت فان استويا فحينئذ يترجح باليد كما في النتاج فانهما استويا في
الاثبات فان كل واحد منهما لا يثبت الا الملك لصاحبه وكذا اليد لا تدل على الاعتاق والتدبير والاستيلاد والولاء
فاستوت البينتان في الاثبات فترجح بينة ذي اليد باليد وان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالخبر اذ الخبر
دل على جنس البينات في جانب المدعي فصح لحرف الاستغراق قولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا بمعنى علم القاضي
او اظهار احتج في الواقع فان الخارج بينته يظهر ما كان ثابتا في الواقع قوله والتورع عن الصادقة كما فعله
عثمان رضي الله عنه وقال اخشيت ان يوافق القدر يميني فيقال انه حلف كاذبا فاصيب باليمين الكاذبة ولنا
ان اليمين واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من انكر وترك هذا الواجب بالنكول دليل على انه باذل
اي على قول ابي حنيفة او مقر اي على قولهما اذ لو لم يكن كذلك لاقدم على اليمين تفصيا عن عهدة الواجب ودفعا
للضرر عن نفسه بدل المدعى في الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن الصادقة فترجح هذا
الجانب في نكوله اي جانب كونه باذلا او مقرا على جانب التورع قوله لما قدمنا اشارة الى قوله ولا ترد اليمين
على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي الى اخره قوله الا علامة بالحكم اي الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفاء ان
عند الشافعي الحكم بالنكول بل يرد اليمين على المدعي لما مر اعلم ان التقدير بالثلث في عرض اليمين لازم في المروي
عن ابي يوسف ومحمد رح والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه هو الصحيح احترز به
عن قول بعضهم بانهم قالوا لو قضى بالنكول مرة لا ينفذ قوله من طرش مواهون الصمم وقال هو مولد قوله
هو الصحيح اي حكم سكوت الحكمي كحكم سكوت الحقيقي في الصحيح لما عرف قوله وان كانت الدعوى نكاحا الى
اخره صورة ذلك بان ادعى رجل على امراة انه تزوجها وانكرت المراة ذلك وادعت المراة النكاح وانكر الرجل
او ادعى المدعي الرجل بعد الطلاق في انقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وانكرت المراة او ادعت
المراة ذلك وانكر الزوج او ادعى الزوج بعد انقضاء مدة الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وانكرت
المراة ذلك او ادعت المراة ذلك وانكر الزوج او ادعى على مجهول انه عبده او ادعى المجهول على ذلك او
اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة او ولاء الموالاة او ادعى على رجل ان المدعى عليه ولده او والده
او ادعت الجارية انها ام ولد لمولاي وهذا ابني منه او ادعت انها ولدت منه وقد مات الولد عند ابي حنيفة
لا يستحلف المنكر في هذه المسائل قوله ولهما تعويل قولهما ان هذه حقوق يثبت مع الشبهات
فيجري فيها الاستحلاف كالاموال وعكسها الحدود وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول

اقرار لان الحلف لما وجب عليه كان دليلا على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لان البذل لا يصح من المأذون
والمكاتب وهما لا يملكانه فيجعل مقرا ضرورة والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة لانه سكوت
والسكوت محتمل فلا يكون حجة فيما يسقط بالشبهات في اللعان حد الازواج فاشبه حد القذف بعد بما قال
ابو حنيفة رح ان النكول بذل او اباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص
في النفس وعكسها الاموال هذا لانا لو حملناه على الاقرار لكذبناه في الانكار ولو حملناه بذلا لقطعنا الخصومة
بلا تكذيب فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ربط به الكذب والبذل لا يجري في هذه الاشياء فلو قالت المراة
لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت لك نفسي لا يحل بذلها وكذا لو قال اباحة الاصل ولكن ابذل نفسي لتسترقني
لا يحل بذله اصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس لي ولكني بذلته لك لا خلص عن خصومته صح بذله فالحاصل
ان كل محل يقبل الاباحة بالاذن ابتداء يقضى عليه بنكوله وما لا فلا وانما اعتبر النكول من العبد المأذون والمكاتب
وان كان النكول بذلا وهما ليسا من اهل البذل بناء على ان البذل منهما يصح لجلب منفعة او دفع مضرة والنكول منهما
بذل لدفع مضرة الخصومة فكان كالضيافة اليسيرة لجلب المنفعة فان قلت لو كان بذلا لما جرى في الدين لان محله
الاعيان لا الديون اذ البذل الاعطاء لا يجري في الاوصاف والدين وصف في الذمة قلت البذل هنا ترك المنع
كان المدعي يأخذه مثله بناء على زعمه بأخذه حق نفسه ولا مانع له وامر المال هين بخلاف النكاح ونحوه
فان هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله صلعم اليمين على من انكر وقد خص منه الحدود واللعان
فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس وقال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير والفتوى على قولهما وقيل
ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان راه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان راه مظلوما لا يحلفه اخذا
بقوله قوله والمنوط بفعله بيان بناء على ان يدعي عليه السرقة يدعي المال والحد وايجاب الحد لا يجامعه الشبهة
وايجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت بالنكول كما يثبت بشهادة رجل وامراتين فانه لا يثبت القطع ويضمن المال قوله
واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول وفائدة تخصيص صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم ان دعوى
المهر لا تفاوت بين ان يكون الدعوى كل المهر او نصفه وسواء كان دعوى المهر في ضمن الطلاق او بدون الطلاق
لانه ذكر بعد هذا صورة دعوى جميع المهر عند بقاء النكاح بقوله وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق
قوله وكذا في النسب اذا ادعى رجل على رجل ان المدعي اخ المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه
او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان حلف
برئ وان نكل يقضى بالمال ولا يقضى بالنسب كذا في الجامع لقاضي خان قوله والحجر في اللقيط الى اخره
بان كان صبي في يد رجل التقطه وهو لا يعبر عن نفسه فادعت امراة حرة الاصل انه اخوها تريد قصر يد الملتقط
مالها من حق الحضانة فاراد الاستحلاف فنكل يصير لها حق نقل الصبي الى حجرها ولا يثبت النسب قوله
والنفقة اي ادعى رجل النفقة بسبب الاخوة بان ادعى وهو زمن انه اخ المدعى عليه وهو موسر وانكر المدعى عليه

اخوه فانه يستحلف بالاجماع فان حلف برئ وان نكل يقضي بالنفقة ولا يقضي بالنسب قوله واستثناء الرجوع
في الهبة بان وهب لانسان شيئا ثم اراد الواهب الرجوع فيها فقال الموهوب له انا اخوك يريد به ابطال حقه
في الرجوع فان الواهب يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت الامتناع ولا يثبت النسب كذا في ادب القاضي للصدر
الشهيد رح قوله في النسب المجرد قيد بالنسب المجرد احترازا عن دعوى النسب المقرون بدعوى المال لانه
لا يصل الى المال الا بدعوى النسب فحينئذ يستحلف على النسب بالاجماع لما مر الان بيانه ان اقرار الرجل يصح
بالاب والابن والزوجة والمولى واقرار المراة يصح في الاب والزوج والمولى ولا يصح بالابن لان فيه حمل النسب على
الغير فلا يصح فلو ادعى رجل انه ابوه او ابنه ولم يدع مالا بسببه يستحلف عندهما لانه لو اقر به ثبت فيستحلف
لرجاء النكول الذي هو اقرار وان ادعى انه اخوه او عمه او ما اشبه ذلك لا يستحلف المدعى عليه لانه لو اقر به
لا يثبت لان فيه حمل النسب على الغير قوله لزمه الارش فيما يعبر بما قال ان القصاص فيما دون النفس عقوبة
تدرا بالشبهات فلا يثبت بالنكول فالقصاص في النفس وهذا لان النكول ان كان اقرارا عندهما ففيه شبهة لانه
ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بذلا واذا امتنع القود يجب الدية بخلاف
ما اذا اقام على ذلك رجلا وامراتين على الشهادة فانه لا يقضي بشيء لان الاصل لزم المال المشروع فيه اذا اضيف   على الشهادة صح
التعذر الى من عليه اعتبارا بالخطا واذا اضيف الى الولي لا يجب المال وههنا اضيف التعذر الى من عليه حيث
لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطاء ثم اضيف الى الولي الذي اقام تلك البينة فلم يجب المال ونظيره اذا اقر بالخطا
والولي يدعي العمد يجب المال وبعكسه لا يجب المال عملوا ما قال ابو حنيفة رح ان الطرف يحل البذل فيستوفي بالنكول
كالمال وهذا لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالمال فيجري فيها البذل بخلاف
النفس الا يرى انه لو قال اقطع يدي فقطع لا يضمن وهذا اعمال للبذل وانما لم يحل لعدم الفائدة والمال كذلك
اذا لم يضمن ايلاقه يفعل حاجة اذا كان مفيدا بان وقع في يده آكلة فقال لآخر اقطع يدي حل له قطعه ولو قطعه
لا يجب عليه شيء والبذل ههنا مفيد لانه يصير به ممتنعا عن اليمين الصادقة ويرتفع به خصومة متعنته فصار
كقطع السن للوجع فان قلت لما قطع الطرف عند ابي حنيفة بالنكول اعتبارا ان الطرف يسلك بها مسلك الاموال
كان ينبغي ان يجري الاستحلاف في قطع اليد في السرقة ايضا ويثبت القطع عند النكول كما في النكول في قصاص
الاطراف قلت القطع في السرقة خالص حق الله جزاء فلا يثبت مع الشبهة اما القصاص في الطرف فحق العبد
الذي يسلك به مسلك الاموال وعومل به معاملة الاموال فيثبت مع الشبهة واما الكلام في النفس فابو حنيفة
يقول ان النفس ليست بمحل للبذل ولا يصح ابلاغها بالنكول الذي هو بذل الا يرى انها معصومة وسائر نعم الدنيا
تبعها ومن قال لآخر اقتلني فقتله لم يهدر دمه بل يوجب القصاص في رواية وبالدية في اخرى وفصل يجب الدية
عند علمائنا الثلثة رح واذا امتنع القود والنفس حق يتحقق يحبس به كما في القسامة اذا امتنع واحد عن اليمين
يحبس حتى يحلف لان اليمين فيها مستحقة بحظها لا مر الدم لانها يهلكه حتى صالحه المعظم شرعا قوله واذا

قال المدعي لي بينة حاضرة الى اخره اعلم انه اذا قال المدعي لي شهود حضور في المصر وطلب حلفه لم يحلف عند ابي حنيفة ويدور
ولكن يقال للخصم اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام لئلا يغيب فيبطل حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل معروف الدار حتى
يحصل فائدة التكفيل وهو الاستيثاق واخذ الكفيل بمجرد اقامة البينة قياس واستحسان فالقياس ان لا يجب اخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسانا
عندنا لان فيه نظرا للمدعي حتى لا يغيب فيتمكن من اقامة البينة عليه ويتمكن القاضي من القضاء احياء لحق المدعي وليس في التكفيل
كثير ضرر بالمدعى عليه لانه لم يكن في قصده الاختفاء ولا السفر وان كان في قصده الاختفاء كان ظالما فلا يبالي به فيكفل
احتياطا اذ الكفالة يعتمد الوجوب والحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى ولهذا جاز اعداء الخصم بطلب المدعي ويحال
بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح هو الصحيح وعن ابي يوسف
انه يأخذ كفيلا الى جلوس القاضي مجلسا آخر حتى انه اذا كان يجلس في كل اسبوع مرة يأخذ الكفيل الى سبعة ايام وقيل على هذا
قوله والاستثناء ينصرف اليهما اي الاستثناء المذكور بقوله الا ان يكون ينصرف الى الملازمة والتكفيل وهذا
التفسير انما يحتاج اليه على رواية القدوري لانه لم يذكر هناك مقدار مجلس القاضي بعد ذكر مدة الملازمة والتكفيل
ومدته واما ههنا ذكر الملازمة ومدتها ومدة التكفيل فلا يحتاج الى قوله والاستثناء ينصرف اليهما فصل
في كيفية اليمين والاستحلاف ولما ذكر نفس اليمين في اي موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لما ان
الصفة يقتضي سبق الموصوف وكيفية الشيء صفته قوله واليمين بالله تعالى دون غيره والحر والمملوك والرجل
والمراة في اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء
الاصل فيه قوله صلعم لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر قوله الا انه يحتاط
فلا بد ان يلفظ الواو وكيلا يتكرر عليه اليمين قوله وان شاء القاضي لم يحلف فيقول قل بالله او والله وهذا
لان المقصود به النكول واحوال الناس شتى فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه ويتجاسر اذا لم يغلظ فكان الراي
في ذلك الى القاضي ان شاء اكتفى باليمين بالله وان شاء غلظ قوله ويستحلف اليهودي الى اخره ويغلظ على كل
واحد بمعتقده لتغلظ اليمين به لتكون ما نعا له عن الاقدام على اليمين قوله اي صورها بالعصا اسم اعجمي قوله
وروي عن ابي حنيفة رح انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا تفاديا عن تشريك الغير معه في التعظيم قوله
لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى وانما يعبدون الاصنام تقربا الى الله تعالى بزعمهم قال الله تعالى ما نعبدهم
إلا ليقربونا إلى الله زلفى فيمتنعون من الحلف كاذبا بالله فيحصل المقصود وهو النكول قوله ولا يحلف
اليمين على المسلم بزمان ولا بمكان وقال الشافعي ان كانت اليمين في مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا يخص بالمكان
بين الركن والمقام في مكة وعند منبر النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة ومسجد الجامع في غيرهما والمسجد ان
لم يكن ثمة جامع وبالزمان بعد العصر يوم الجمعة ولنا اطلاق قوله صلعم واليمين على من انكر فالتخصيص بالمكان
والزمان زيادة عليه ولان في تكليف القاضي حضورها حرجا بينا وهو مدفوع بالنص ولان التغليظ بالزمان تاخير
حق المدعي في اليمين الى ذلك الزمان ولان اليمين شرعت لقطع الخصومة فلا تخص بها كالبينة قوله ثم ادعى

انه ابتاع من هذا عبده الى اخره والحاصل في هذا ان الدعوى اذا وقعت في سبب يرتفع بعد وقوعه كالبيع والنكاح والغصب والطلاق فان اليمين يكون على الحاصل لا على السبب عند ابي حنيفة ومحمد رح حتى اذا ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد يحلف بالله ما بينكما بيع قائم ولا يحلف بالله ما بعت فلعله باع ثم اقال الى اخره ما بين في المتن فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا لانه لو حلف على اصل السبب كالبيع ونحوه يكون كاذبا ولو لم يحلف يجب تسليم العبد العائد الى ملكه بالاقالة لانه لو ادعى المعنى الطارئ لم يقبل **قوله** واذا حلف على الحاصل صدق في المدعي والمدعى عليه حقهما لعلمنا ان مقصود المدعي من دعوى البيع ونحوه ثبوت الحكم ومتى امكن ابقاء حقهما كان اولى من ابقاء حق احدهما واتواء حق الآخر **قوله** واما على قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب بناء على ان اليمين تستوفى لحق المدعي فيجب ان يكون مطابقا لدعواه والمدعى هو السبب **قوله** الا اذا عرض لما ذكرنا بان يقول اذا عرض القاضي عليه اليمين ايها القاضي قد يبيع الانسان شيئا ثم يقيله فحينئذ يحلف القاضي على الحاصل وعنه ينظر القاضي الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب كالبيع ونحوه يحلف على الحاصل وعليه اكثر القضاة وقال فخر الاسلام رح يفوض الى رأي القاضي **قوله** فالحاصل هو الاصل عندهما وهو ان يقول بالله ماله حق الرد بهذا العيب الذي يدعيه فان قلت التحليف على السبب يضر بالمدعى عليه ايضا لجواز انه اشترى ثم لا يسعه له بان سلم او سكت عن الطلب قلت لا يجد القاضي بدا من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب المدعي اولى لان السبب الموجب للحق وهو الشرى اذا ثبت ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا ذكره الصدر الشهيد رح في ادب القاضي **قوله** والمشتري لا يراها ان كان شافعيا **قوله** كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب بالله ما اعتقه لانه لا ضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود رقيقا بعد العتق بخلاف الامة والعبد الكافر فانه يحلف فيهما على الحاصل اي ما هي حرة او ما هو حر في الحال لانه يمكن تكرار الرق على الامة بالردة واللحاق والسبي وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق ثم الاسر وعلى على العبد المسلم **قوله** ومن ورث عبدا يعني ورث رجل عبدا فادعى رجل انه له ولا بينة للمدعي واراد استحلاف الوارث على دعواه يحلف بالله ما يعلم ان هذا عبده **قوله** ولو وهب له او اشترى اي لو وهب رجل لرجل عبدا فقبضه او اشترى فجاء رجل وزعم ان العبد عبده ولا بينة له فاراد استحلاف المدعى عليه يحلف على البتات اصله ان التحليف في الشرع على نوعين على البتات وعلى العلم وكلاهما مشروع فانه صلى الله عليه وسلم حلف اليهود في القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا لانه يمنع منه شرعا اسقاط حقه او بفعله فيصير اطلاقا للباطل ثم المشتري او الموهوب مالك بسبب شرعي وضع له وهذا بعينه فانه ملكه فيصح حلفه على البتات لوجود المطلق له بالاتفاق وقد يتكل عما هو مطلق فصار زيادة فاما الوارث فلا علم له بما صنع مورثه ظاهرا فلو حلف على البتات لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به مطولبا بالعلم لم يكن له فاذا لم يفعل مع الامكان صار زيادة والضابط ان التحليف على فعل نفسه يكون على البتات وعلى فعل غيره على العلم فان قلت اي مستقيم هذا ولو ادعى عليه رجل اباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الاباق

يحلف على البتات وان كان اباق في يد غيره قلت المدعي يدعي عليه تسليم غير السليم عن العيب وهو ينكر وانه فعله وقيل التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا اذا كان سببا يتصل به فحينئذ يحلف على البتات فخرج على هذا فصل الرد بالعيب لانه انما يتصل به اذ تسليم العبد سليما واجب على البائع فان قلت بهذا التعليل لا يندفع الفرق بين الارث وغيره فان الارث ايضا سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف استحلف في الارث بالعلم وفي الهبة والشرى بالبتات قلت معنى قوله اذ الشرى سبب لثبوت الملك وضعا اي لم يكن السبب بسبب باختيار المشتري ومباشرته ولو لم يعلم المشتري بان ذلك العين الذي اشتراه ملك البائع لما اشترى الشرى باختياره وكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف من ورث فانه يثبت الملك للوارث من غير اختياره ولا علم له على ملك المورث فلذلك يستحلف الوارث بالعلم والمشتري والموهوب له بالبتات **قوله** فهو جائز وهو ماثور عن عثمان روي ان رجلا ادعى على عثمان رضي الله عنه اربعين درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف وحديثه افتدى يمينه بمال ولانه لو حلف يقع في القيل والقال فان الناس بين مصدق ومكذب فاذا افتدى يمينه فقد صان عرضه وهو حسن قال صلى الله عليه وسلم ذبوا عن اعراضكم باموالكم وعن علي رضي الله عنه اما اني ما نقع عند الناس انكاره وان كان عندك اعتذاره فليس كل سامع نكرا تستطيع ان توسعه عذرا وان المدعى عليه يدل المال لدفع القال والقيل والمدعي اخذه عوضا عن اسقاط حقه وهو اليمين فيجوز ولو لم يكن الحق ما لا كما لو صالح عن القصاص فيجوز لكون الحق واحدا ثم يحلف حكم المبدل مثل الحاشر كما في تحريره عدم اشتراه فما يعطي من الثمن بدل الملك الرقبة في زعم البائع وهو فداء في حق المشتري حتى يحنو العبد وكما في الصلح على الانكار فلذلك ههنا لما بطل حقه في اليمين في لفظ الفداء والصلح لا يكون له ان يستحلف بعد ذلك وبه فارق الشرى فانه لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشرى عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال

باب التحالف

لما ذكر حكم الواحد في اليمين ذكر في هذا الباب حكم الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد وجودا **قوله** فان اقام احدهما البينة قضي له بها بناء على انه نور دعواه بالحجة في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها يلزم على القاضي الحكم والدعوى لا يلزم **قوله** ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا بان ادعى البائع اكثر مما يدعيه المشتري من الثمن وادعى المشتري اكثر مما يعترف به البائع في حالة واحدة فبينة البائع اولى في الثمن لانها اكثر اثباتا وبينة المشتري في المبيع لانها اكثر اثباتا اعلم ان المراد من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا الخ فورودها اما لو اختلفا في جنس الثمن او اما البينة فالبينة بينة من لا تعلق على قوله كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقام البينة لزمه البيع بالعبد ويقبل بينة البائع دون المشتري لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه اولى بالقبول لانه يثبت حقه لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي **قوله** فاذا علما به ارتضيان او يعول الى العوض قطع الخصومة وقد امكن ذلك برضا احدهما بما ادعاه الآخر عليه فيجب ان لا يعجل القاضي بالفسخ حتى يسأل كل واحد منهما عما ادعاه **قوله**

لانه يطالبه ولا ما لثمن وهذا لان المشتري اقواهما انكارا لانه يطالب ولا ما لثمن يكون هو البادي بالانكار وهذا ايمنه ولان
الثمن اما يسرعت لفائدة النكول حتى لا يستحلف فيما لا يستوفي بالنكول ونكول المشتري يعجل فائدته وهو تسليم الثمن ونكول
البائع يتاخر فائدته لان تسليم المبيع يتاخر الى زمان استيفاء الثمن لانه لا يتعاطى امساك المبيع حتى يستوفي الثمن فكان تقديم ما
يتعجل فائدته بالنكول اولى قوله خصه بالذكر اي النبي صلى الله عليه وسلم جعل القول قول البائع وكان ينبغي ان يكتفي
بيمينه فان تعامى عن افادة ذلك فلا يتقاصر عن افادة التقديم وقيل يقرع بينهما وقيل يبدا بيمين الزوج في النكاح
عند ابي حنيفة ومحمد رح تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري قوله لاستوا بهما اي في فائدة النكول قوله يضم الاثبات
الى النفي تاكيدا اي لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بالعشر يحلف ويكون بارا في يمينه فلعله اشتراه بالف فيسحابه
فيبطل حق البائع في الزيادة وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بالف ربما يحلف لجواز انه باعه بالف درهم فيكون صادقا
في يمينه انه لم يبعه بالف درهم فيبطل حق المشتري قوله والاصح الاقتصار اي على النفي لان الايمان وضعت على
النفي كما روينا في حديث القسامة ولا عبرة بذلك الوهم لان البائع لو كان باعه بالفين وتسعمائة لا يدعي البيع بالفين
لانه ان المشتري متى حلف على دعواه لم يبالي حين الحلف على النفي لانه لا يحنث في يمينه قوله فسخ القاضي البيع
بينهما ان طلبا او طلبه احدهما وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول لانهما لما تحالفا لم يثبت ما ادعاه كل
واحد منهما فيبقى بيعا بثمن مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة ولانهما اذا حلفا لم يثبت البدل للتعارض بين
قوليهما فيبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد في رواية ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد واذا لم يفسخاه فلا بد ان يقوم القاضي
مقامهما في الفسخ قوله وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في اصل البيع او قبض بعض الثمن او في مكان دفع
المسلم فيه لم يتحالفا والقول لمنكر الاجل والشرط واصل العقد والقبض لانهما اتفقا على المعقود عليه والمعقود به
واختلفا في امر زائد فلا يتحالفان كما في الحط والابراء قوله بخلاف الاختلاف في وصف الثمن انه جيد او ردي وجنسه
دراهم او دنانير حيث يتحالفان فيهما كما في القدر بناء على ان الاختلاف في الصفة فيما هو دين اختلاف في المعقود به فيجري
التحالف بينهما وعند زفر رح اذا اختلف البائع والمشتري في نفي الاجل او اثباته او اختلفا في العادات في المسلم في قدر
الاجل يتحالفان لان النص اوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين ولم يفصل فيتحالف كما في الوصف قلنا على وجوب
التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يسمى البيع والبيع
يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فكانه قال اذا اختلف المتبايعان في المبيع او في الثمن تحالفا فان قيل الاجل يوجب نقصانا
في الثمن فكان ذلك اختلافا في الثمن قلنا الاجل ليس بوصف للثمن بل لو كان الاجل وصفا للثمن موجودا مستحقا ولو كان وصفا له
لتبعه ولان اصل الثمن حق البائع والاجل حق المشتري ولو كان وصفا للثمن لكان تابعا للاصل حقا للبائع قوله لهما
اي لمحمد والشافعي رح قوله صلعم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وهذا النص مطلق لم يقيد بحال قيام السلعة
يعني به التراد اذ المراد به تراد العوضين لا رد العقد لانه لا يتصور ذلك فيعمل النص معلولا بعلة لان كل واحد منهما
يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره اذ البيع اختلف باختلاف الثمن فيعدي ما الى حال الهالك ويكون

المراد للقيمة لان قيمة الشيء تقوم مقامه ويسقط دفع الزيادة عن المشتري لو نكل البائع فكان التحالف مفيدا وهو
معنى قوله وانه اي التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري الا ترى انهما لو اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك
السلعة يتحالفان بان يدعي احدهما الدراهم والاخر الدنانير ويلزم المشتري رد القيمة ولابي حنيفة وابي يوسف رح
قوله صلعم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه
الشرط والمطلق يحمل على المقيد اذا وردا في حادثة واحدة في حكم واحد والتحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتعدى
الى حال هلاك السلعة لان حال هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة لان عند قيامها يندفع الضرر عن كل
واحد منهما بالتحالف فانه ينفسخ العقد ويعود كل واحد منهما الى راس ماله بعينه وبعد هلاكها لا يحصل ذلك فان العقد بعد
هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف الفسخ لا يرد الا ما ورد عليه العقد ولا معنى لقولهما
ان كل واحد منهما يدعي عقدا اخر لانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري
حين سلمه وذلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو او البائع فلا عاد ذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما في الف
والفين بلا سبب فيكون الثمن على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي عليه الدنانير والمشتري
ينكر والمشتري يدعي الشري بالدراهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لان المبيع لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن هنا
اتفقا على الف وهو يكفي للصحة والفائدة المرعية ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباتها بل من موجبات
نكول البائع اذ موجب العقد هو ملك المعقود عليه للمشتري فلا يتحالفان وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا بان تقايضا يتحالفان
بعد هلاك احد البدلين اذ كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائما بقيام البدل الاخر فيمكن فسخه واذا فسخ يرد مثل الهالك
ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن مثليا قوله وان هلك احد العبدين اي اشترى عبدين صفقة واحدة وقبضهما ثم هلك
احدهما واختلفا في الثمن فقال المشتري اشتريتهما بالف وقال البائع اشتريتهما بالفين لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى
البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له من الهالك اصلا فحينئذ يتحالفان عليهما فالواسا على ان المبيع كانه هو الباقي فحسب وقال
ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن بيمينه بناء على انه لو كان الكل
قائما لثبت التحالف في الكل ولو فات الكل يفوت التحالف في الكل فاذا فات البعض وبقي البعض يبقى التحالف في الباقي ويفوت
في الفائت اعتبارا للبعض بالكل وجودا وعدما وهذا لان الحكم لا يزيد على العلة وعدم التحالف للهلاك يتقدر بقدره
وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك وعلى هذا الخلاف اذا اشترى عبدا فباع نصفه بعد القبض ثم اختلف
البائع الاول مع المشتري الاول في الثمن بعد فعند ابي حنيفة لا يتحالفا والقول للمشتري مع يمينه وعند ابي يوسف رح
يتحالفان في النصف الذي بقي على ملك المشتري الا ان يرضى البائع بقول هذا النصف عند محمد يتحالفان في الكل واذا تحالفا
رد المشتري على البائع نصف قيمة العبد ورد النصف الذي بقي على ملكه ان قبله البائع وان ابى نصف الشركة رد قيمة هذا
النصف ايضا لمحمد رحمه على اصله فان هلاك جميع المبيع عنده لا يمنع فهلاك البعض اولى ودليل تقرير ما قال ابو يوسف
اللازم وابو حنيفة رح يقول التحالف بعد القبض ثبت بالسنة على خلاف القياس عند قيام السلعة وهي اسم لجميع المبيع فاذا

هلك بعضه وعند فوات الشرط فوات الحكم الذي يتعلق به قوله الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اي لا ياخذ
من ثمن الهالك شيئا اصلا ويجعل الهالك كان لم يكن وكان العقد لم يكن الا على القائم فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ
ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف قالوا لان المراد بقوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له اي لا ياخذ من ثمن الهالك
شيئا اصلا وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هولاء يصرف
الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف ويكون القول قول المشتري مع يمينه الا ان يرضى البائع ان ياخذ الحي ولا يخاصمه
في الهالك بشيء فح لا يحلف المشتري لان المشتري انما يحلف اذا كان منكرا لما يدعيه البائع فاذا اخذ البائع الحي صلحا عن جميع
ما ادعاه على المشتري سقط دعوى البائع فلا حاجة الى تحليف المشتري وتفسير التحالف على قول محمد ان يحلف المشتري
بالله ما اشتريتهما بالفين فان نكل قضي عليه وان حلف حلف البائع بالله ما بعتهما بالف فان نكل قضي عليه وان حلف
ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك
وتفسيره على قول ابي يوسف عند البعض ان يتحالفا على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والفسخ
لا يرد على الهالك وهذا لا يعول لان المشتري لو حلف بالله ما اشترى القائم بالف يكون صادقا فلان الحي اشترى بستمائة بالفي
درهم ثم حلف انه ما اشترى احدهما بالف كان صادقا واذا كان كذلك فلا يمتنع المشتري عن الحلف على القائم بعد الهالك
فلا يفيد التحالف والصحيح ان يحلفا على ما قال في المتن قوله في بيوع الاصل رجل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما
بالعيب وقد هلك الاخر عند المشتري سقط عنه من الثمن ما يخص الذي هلك عنده اذا لم يرد الثمن على قدر قيمتهما فان اختلفا
في قيمة الهالك فالقول للبائع مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب كل الثمن على المشتري بدعواه ان قيمة الهالك كانت اقل يدعي
زيادة السقوط من الثمن والبائع ينكر فيكون القول للمنكر مع يمينه وان اقاما البينة فبينة البائع اولى ايضا لان البينات
شرعت للاثبات والبائع يدعي زيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان تقبل بينته لاثبات
الزيادة قلت الذي وقع الاختلاف فيه قصدا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة
البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه قصدا فكانت احق بالاعتبار والفقه فيه ان في البينات تعتبر الدعوى من حيث الظاهر
لان الشهود لا يقفون الا على الظاهر فاعتبر ذلك في حقهم والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ثم صارت بينته اولى
لان بينته تثبت زيادة في ذمة المشتري وفي الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة
الحال فبنى الامر على الحقيقة والبائع منكر فكان القول قوله مع يمينه قوله ومن اشترى جارية وتقابضا وتقايلا ثم اختلفا
يعني اشترى جارية بالف درهم وتقابضا ثم تقايلا البيع حال قيام الجارية ثم اختلفا في مقدار الثمن بعد الاقالة فقال المشتري
كان الثمن الفي درهم وقال البائع لا بل خمسمائة درهم ولا بينة لهما تحالفا ويعود البيع الاول وكان ينبغي ان لا يتحالفا لان
التحالف في البيع المطلق بالسنة والاقالة فسخ في حق العاقدين فلم يتناولها النص الا ان التحالف قبل قبض المبيع
ثبت قياسا لمعنى ان كل واحد منهما مدع ومنكر لما عرف وهذا موجود هنا لان في وضع المسئلة ان البائع لم يقبض بحكم الاقالة
فصار التحالف معقولا فوجب القياس على المنصوص عليه كما يقاس الاجارة الى اخر ما قال في المتن ويجوز ان يقول قوله يعني

هو صح

ما بعينها التحالف اي في الاقالة جواب السوال المقدر وهو ان يقال ينبغي ان لا يجري التحالف في الاقالة كما لا يجري فيها التحالف
اذا وقع الاختلاف بينهما بعد قبض البائع المبيع بعد الاقالة عندهما خلافا لمحمد رح لثبوت التحالف بين المتبايعين بالسنة
خلاف القياس فاجاب عنه بهذا فان قلت التحالف في هذه الصورة منصوص عليه لقوله صلعم اذا اختلف المتبايعان تحالفا
وترادا فانه يتناول حال بقاء السلعة وعدمها قلت لا بل هي غير منصوص لان هذا المطلق محمول على المقيد كما مر فكان
المراد من هذا المطلق المقيد وكذا قوله وترادا دال على بقاء السلعة قوله بعين الاجارة يعني اذا اختلف الموجر
والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه والاجرة والقيمة على العين فيما اذا استهلك المشتري استهلك بضم التاء على
صيغة بناء المفعول والمشتري على صيغة اسم المفعول اي بعض قيمة المشتري المستهلك التي وجبت على المستهلك
الذي استهلكه في يد البائع على الحر الذي في يد البائع يعني ان المتبايعين اذا اختلفا في ثمن المبيع الذي لم يقبض يجري التحالف
بينهما بالنص الذي يوافق القياس فكذلك اذا استهلك مستهلك المبيع في يد البائع وقد قامت قيمته مقام المبيع في بقاء
البيع حتى كان للمشتري اختيار البيع بان يدفع الثمن وياخذ القيمة لو اختلف المتبايعان في ثمن المشتري المستهلك
الذي قامت القيمة مقام المشتري يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون
النص الذي ورد التحالف حال بقاء العين معقول المعنى ذكر في المبسوط اذا قتل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك
واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين في امكان فسخ العقد بينهما لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض
المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه قوله ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في مقدار
راس المال بعد الاقالة فقال المسلم اليه كان راس المال خمسة وقال رب السلم لا بل كان عشرة فالقول للمسلم اليه
مع يمينه لان رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر ولا يتحالفان ولا يعود السلم بخلاف البيع والفرق ان المقصود من التحالف
فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما الى راس ماله واليه الاشارة النبوية بقوله تحالفا وترادا والتحالف في الاقالة لا يفيد
هذا المقصود وهو فسخ الاقالة لان الاقالة في السلم بعد انعقادها لا تحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ فانهما لو قالا
نقضنا الاقالة لا ينتقض فلا يحتمل الفسخ ايضا بالتحالف وهذا لان ما تناوله عقد الاقالة قد سقط ولا يبقى اذ
المسلم اليه ملك ما في ذمته فسقط عنه والساقط لا يحتمل العود فلا يحتمل الفسخ بعد ما سقط العود الى رب
السلم فاما الاقالة في البيع فمما يحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ حتى لو قالا نقضنا الاقالة ينتقض فاحتمل الفسخ
بالتحالف ايضا وهذا لان ما يتناوله عقد الاقالة قائم حقيقة ويمكن تصحيح الفسخ باعتبار عود المعقود عليه الى ملك
المشتري اذا انفسخت الاقالة لان ملك العين مما يحتمل العود الا ترى ان راس المال لو كان عرضا فقبضه المسلم اليه
ثم رده بالعيب بحكم القاضي به وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم بخلاف البيع فانه لو اشترى عرضا
ورده بعيب ولم يسلم الى البائع حتى هلك في يده بطل الرد ويعود البيع قوله فان اقاما البينة تقبل اما بينة المراة
لانها تدعي الفضل واما بينة الزوج يعني ينبغي ان لا تقبل لانه منكر للزيادة على ما اقر فكان على المنكر اليمين لا البينة وانما تقبل
بينته لانه مدع صورة اذ هو يدعي على المراة تسليم نفسها عند اداء ما اقر به من المهر وهي تنكر وعرف ان المدعي صورة

كافيه لقبول البينة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة او الهلاك فانه يقبل بينته والقول قوله مع اليمين ايضا قوله معناه
اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته اما اذا كان مهر مثلها مثل ما ادعته او اكثر فبينة الزوج اولى لان بينة الزوج تثبت
الحط وبينة المراة لا تثبت شيئا لان ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل وان اقامت المراة البينة على الحين قبلت بينتها
ايضا لانها مدعية صورة ويقضى لها بالفضل بطريق التسمية لا خيار فيه للزوج وان اقاما البينة فالصحيح ان بينة الزوج
اولى لان بينته تثبت اليسار ظاهرا وبينة المراة ما هو ثابت فلا تقبل لبينته وكانت بينته اكثر اثباتا فكان اولى بالقبول
فان قلت النص لشرعية التحالف انما ورد في البيع والنكاح ليس في معناه وهو ظاهر فكيف يتعدى حكم النص من البيع الى النكاح
او ان التحالف انما شرع في عقد يحتمل الفسخ لان الفسخ من احكام التحالف لا فسخ في النكاح قلت فان جريان التحالف في البيع
معلول بمعنى ان كل واحد من العاقدين منكر ومدع وهذا المعنى موجود هنا اذ كل واحد من الزوجين ينكر ما ادعاه الاخر من المهر
واما الفسخ فليس من حكم التحالف بل من ضرورة انعدام البدل الى ان التحالف في بطلان التسمية وذا لا يخل بعقد النكاح
اذ المهر تابع فيه وفي البيع عدم وانهما نكلا عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه صار مقرا وباذلا له قوله في الوجوه اي التحالف
في الوجوه كلها اي فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المراة او اكثر منه او كان مهر المثل
اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المراة ففي هذه الوجوه الخمسة كلها يجري التحالف عند ابي حنيفة ومحمد رح لانهما اتفقا
على ان اصل التسمية صحيحة في اصلها والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل اذا اختلفا بحيث الحكم بالتسمية فصارت
التسمية كان لم تكن فيحكم بمهر المثل واحترز بقوله في الوجوه كلها عن قول ابي بكر الرازي فانه لا يقول بالتحالف الا في وجه واحد
وهو ما اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله الزوج او اقل فالقول قوله مع يمينه وان كان مثل ما تقوله المراة او اكثر فالقول قولها
مع اليمين وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ههنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى
ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه ماضيا قوله وسواء يمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح بناء على
ان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمينين عليه قوله ذكره باختلاف ابي يوسف فانه قال القول قول الزوج في جميع ذلك
قبل الطلاق وبعده ولا يحكم بمهر المثل بناء على ان المراة تدعي الزيادة والزوج ينكر فكان القول قول المنكر كما في ساير الدعاوى
وانما عرفنا التحالف في البيع وهو مبادلة المال بالمال نصا بخلاف القياس فلا يتعدى الى غيره وكان القول قوله مع يمينه
الا ان ياتي بشيء مستنكر شرعا او عرفا للامر في النكاح قوله وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المنفعة
تحالفا وترادا العقد اذا اختلفا في البدل او في المبدل او فيهما لان الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع
باعتبار ان كل واحد من العاقدين يدعي على صاحبه وهو ينكر وكل واحد من العقدين معاوضة يحتمل الفسخ فالحقت الاجارة
به فان قلت قيام المعقود عليه شرط صحة التحالف والمنفعة معدومة قلت الدار اقيمت مقام المنفعة في حق
ايراد العقد عليها فكانها قائمة تقديرا قوله على ما والقياس على ما مر اشار اليه قوله في اول هذا الفصل لان البايع يدعي
زيادة الثمن والمشتري ينكره الى اخره قوله واذا اختلف المولى والمكاتب في قدر بدل الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح
والقول للعبد مع يمينه وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانهما اختلفا في بدل عقد يقبل الفسخ

فصار كالبيع وهذا لان كل واحد منهما مدع ومنكر فالمولى يدعي على العبد زيادة بدل الكتابة وهو ينكر وهو يدعي
استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكر فيتحالفان كما في البيع ولابي حنيفة ان التحالف في المعاوضات
عند تجاحد الحقوق اللازمة وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب مطلقا لان له ان يمتنع عن نفسه بان يعجز نفسه ولهذا لا يصح
الكفالة به والكتابة لسبب معاوضة من كل وجه اذ البدل الذي من جانب العبد مقابل لفك الحجر في حق المولى تبعا ولان العبد سلم له
ما يقابل البدل في الحال وهو فك الحجر في حق اليد والتصرف فلا يدعي على المولى شيئا فلا يكون المولى منكرا وانما تقابل
البدل بمقابلة العتق عند الاداء وقبله لا يكون مقابلا به فلا يتحالفان لانه لا يكون بلا انكار منهما قوله
واذا اختلف الزوجان اعلم انه اذا اختلف الزوجان في متاع البيت في النكاح بينهما قائم او ليس بقائم وادعى
كل واحد منهما ان المتاع كله له فما يصلح للرجال كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح
والمنطقة والكتب فالقول فيها قول الزوج مع يمينه لان الظاهر يشاهد له وما يصلح للنساء كالدرع والخمار
والملاءة ونحوها فالقول قول المراة مع يمينها لان الظاهر يشاهد لها ثم اعلم ان هذه المسئلة المستبعدة فان فيها
لسبعة من العلماء اقاويل اما اقوال علمائنا الثلثة فكما ذكر في المتن وقال ابن ابي ليلى فما يصلح للرجال والنساء
فهو للزوج لكن رحما ولورثته لكن ميتا وكان يقول ابن شبرمة المتاع كله للرجال الا ما على المراة من ثياب بدنها
وقال زفر رح المتاع كله نصفان بينهما اذا لم يعلم لواحد منهما بعينه وهو قول مالك واحد قولي الشافعي وفي قول اخر
المشكل بينهما نصفان وعلى قول الحسن البصري رح لو كان البيت بيت المراة فالمتاع كله لها الا ما على الزوج من ثياب
بدنه وان كان البيت بيت الزوج فالمتاع له لان صاحب اليد على ما في البيت اقوى واظهر من غيره ولان المراة
ساكنة البيت الا ترى انها تسمى قعيدة فاذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في يدها وعند عيسى مطلق الملك
القول قول ذي اليد ومن يقول المتاع كله للزوج قال لان المراة في يد زوجها فما في يدها يكون في يد الزوج ايضا
الا ترى انه صاحب البيت ان المنزل يضاف اليه ومن يقول الكل بينهما نصفان يقول استويا في سبب الاستحقاق
لانهما يسكنان في البيت والبيت مع ما فيه في يدهما ولا معتبر للنسبة في الدعوى والخصومات الا ترى ان اسكافا
وعطارا لو تداعيا في الات العطارين في ايديهما قضي بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح لكل واحد منهما ومن
يقول ان المشكل بينهما يقول لكل واحد منهما فيما يصلح له نوعا ترجيح من حيث الظاهر انه هو الذي يحوزه لاستعماله
فيرجح به قوله فهو للباقي منهما يعني بعد ما قال ابو حنيفة ان يد الباقي منهما الى المتاع اسبق لان الوارث انما
تثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا الى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح
لسبق اليد ولان يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلهذا النوع من الترجيح كان المشكل
للباقي منهما وللحي بعد الممات سواء كان الحي حرا او مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ الجامع الصغير

فصل فيمن لا يكون خصما

لما ذكر احكام من يكون خصما شرع في بيان احكام من لا يكون خصما لمناسبة المضادة
بينهما اعلم انه اذا ادعى رجل عينا في يد رجل انه له فقال ذو اليد هو لفلان الغائب اودعنيه عندي او عارية
او اجارة

او رهنا او غصبا واقام على ذلك بينة او اقام ذو اليد بينة ان المدعي اقر انه لفلان اندفعت خصومة المدعي عنه
لانه اثبت ببينته انه وصل اليه من جهة فلان وان يده ليست يد خصومة قوله وقال ابن شبرمة رح لا يخرج
من خصومته وان اقام البينة على ما قال لانه صار خصما بيده فصار ... في دفع الخصومة عن نفسه وهذا
لانه بهذه البينة يثبت الملك للغائب وهو ليس بخصم في اثبات الملك له اذ لا ولاية لاحد على غيره في ادخال شيء في ملكه
بلا رضاه وخروجه من الخصومة يثبت في ضمن اثبات الملك لغيره فاذا لم يثبت الاصل لم يثبت ما في ضمنه كالوصية
بالمحاباة اذا ثبتت في ضمن البيع فبطلان البيع يبطل الوصية بخلاف ما قال اصحابنا ان بهذه البينة يثبت امرين الملك
للغائب والحاضر ليس بخصم فيه ودفع خصومة المدعي عنه وهو خصم فيه فكانت مقبولة فيما هو خصم فيه غير مقبولة
فيما ليس بخصم فيه وهو اثبات الملك للغائب كمن وكل وكيلا بنقل امرأته او امته فاقام البينة انه طلقها ثلثا او اعتقها
تقبل في قصر يد الوكيل عنها فلا ينقلها ولا في وقوع الطلاق والعتاق على الحضر الغائب وهذا لان المقصود ذي اليد اثبات
ان يده يد حفظ لا يد خصومة لا اثبات الملك للغائب فيما هو المقصود المدعي خصم فيقبل فيه قوله ولا تندفع الخصومة
بدون اقامة البينة وقال ابن ابي ليلى رح يخرج عن خصومته بمجرد قوله بغير بينة بناء على انه لا يتهم فيما هو يقربه
نفسه فيثبت ما اقر به بمجرد اقراره وتبين ان يده يد حفظ لا يد خصومة ولان كلام ذي اليد اقرار منه بالملك للغائب
والاقرار يوجب الحق بنفسه لقوله تعالى بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ والدليل على صحة هذه القاعدة ان من ادعى
لغائب ثم اقر به الحاضر فرجع الغائب فصدقه يومر بالتسليم اليه وكذا الصحيح اذا اقر لصحيح بشيء ثم مرض وصدقه
المقر له كان اقراره اقرار الصحة بعد ما قاله اصحابنا ان الخصومة توجهت عليه بظاهر يده ولهذا كان للقاضي احضاره
وتكليفه بالجواب فهو بدعواه بعد ذلك يريد ابطال الخصومة المتوجهة عليه فلا يصدق الا بحجة كما لو ادعى تحول الدين من ذمته
الى ذمة غيره وبحجة لا يصدق المدعي في دعوى الملك الا بحجة قوله وقال ابو يوسف رح ان كان ذو اليد صالحا اندفع عنه الخصومة
اذا اقام البينة وان كان معروفا بالحيل لم تندفع عنه الخصومة باقامة البينة رجع ابو يوسف اليه حين ابتلي بالقضاء وعرف
احوال الناس فقال المحتال من الناس قد ياخذ مال الانسان غصبا ثم يدفعه سرا الى من يريد ان يحتبس عند حتى يودعه بمشهد من
الشهود حتى اذا جاء المالك واراد ان يثبت ملكه يقيم ذو اليد البينة على ان فلانا اودعه فيبطل حقه ويندفع خصومة
المالك فاذا اتهمه القاضي لا يقبله اعلم ان هذا الذي ذكرنا اذا عرف شهود صاحب اليد المودع باسمه ونسبه ووجهه
فاما اذا قال شهود ذي اليد اودعه رجل لا نعرفه اصلا فالقاضي لا يقبل شهادتهم ولا تندفع خصومة المدعي عن صاحب اليد
بالاجماع فلعل ذلك الرجل هو الذي حضر منازعا وعلى هذا التقدير لا تندفع الخصومة عن ذي اليد ويجوز ان يكون الدافع غيره
وعلى هذا التقدير تندفع الخصومة عن ذي اليد فلا تندفع الخصومة عن ذي اليد بالشك والاحتمال ولان الخصومة انما تندفع عن ذي
اليد اذا احاله الى غيره بالبينة والتحويل انما يتحقق اذا احاله على رجل معين يمكنه اتباعه ليخاصمه فاذا احاله على مجهول لا يمكنه
اتباع المجهول كان ذلك ابطالا لا تحويلا فلو اندفعت لتضرر به المدعي وهذا معنى قوله ولانه ما احاله الى خصم قوله وكذلك الجواب
عند محمد رح يعني لا تندفع الخصومة بناء على ان التعريف الغائب بالنسبة وهذا لان الخصومة توجهت على ذي اليد بظاهر يده فلا

ونسبه صح

تندفع الخصومة عنه الا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه ليكون تحويلا لا ابطالا ولم يوجد الحوالة على رجل يمكن اتباعه وكان هذا
بمنزلة قوله اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة لانه صلى الله عليه وسلم قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال
اتعرفه باسمه فقال لا فقال اذا لا تعرفه وحلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه دون اسمه لا يحنث قوله للوجه الثاني
اشارة الى قوله ولانه ما احاله الى خصم قوله وعند ابي حنيفة يندفع بناء على ان حاجة ذي اليد الى دفع الخصومة
عن نفسه وانما يندفع ذلك عنه اذا اثبت ان يده ليست يد ملك وخصومة وقد حصل ذلك لانه اثبت انه ليس بخصم لهذا
المدعي لما يعلم ان مودعه ليس هذا المدعي اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه بخلاف ما لو قال لا نعرفه اصلا وهو الفصل الاول
لان مقصود ذي اليد اثبات انه ليس بخصم لهذا الحاضر وهذه البينة كافية لهذا المقصود ثم ان تضرر المدعي بان لم يقدر على
اتباع خصمه فذلك الضرر يلحقه من قبل نفسه حيث نسي خصمه او من قبل شهوده بان جهلوا خصمه لا من جهة ذي اليد
ونحن نسلم ان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة تامة ولكن ليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي وانما عليه ان يثبت انه ليس بخصم له وهذه
المسئلة مخمسة كتاب الدعوى لان الخمسة من العلماء فيها اقوال او هي خمس مسائل كما بينا حاصله ان محمدا اعتبر في هذه المسائل حجة
الحوالة الى معروف حتى لا يبطل حق المدعي واعتبر ابو حنيفة وابو يوسف رح جهة الدفع لا غير والوجه قد اندرج فيما
قلنا فان قلت ما الفرق بين ما اذا كان العين قائما في هذه المسائل وبين ما اذا كان هالكا حيث لا تندفع الخصومة وان اقام
البينة انه اودعه فلان الغائب واعاره او آجره قلت الفرق بينهما ان العين اذا كان قائما فالدعوى تقع في العين والمدعى
عليه انما ينتصب خصما له في العين بظاهر يده فانه يدل على الملك الا انه يحتمل انه ليس يد ملك فاقامة البينة ان العين وديعة عنده
يظهر ان يده ليست يد ملك فيندفع الخصومة عنه اما اذا كان العين هالكا فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه
ينتصب خصما للمدعي بذمته واقامة المدعى عليه البينة ان العين كان وديعة لا يثبت انه منه لغيره فلا تتحول الخصومة عنه
فلذلك قالوا تصوير هذه المسائل فيما اذا كان العين قائما قوله انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده فلا يندفع بدعواه
ما حاله الملك الى غيره لانه لم يدع الملك عليه وانما ادعى عليه الفعل قوله بخلاف دعوى الملك المطلق لانه صار خصما فيه بيده حتى
لا يصح دعوى الملك على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وقال محمد رح يندفع في قوله سرق مني لانه لم يدع الفعل عليه بل
هذا دعوى الفعل على المجهول وهي باطلة فالتحقت بالعدم فبقي دعوى الملك قوله درء الحد يتعلق عليه ووصوله الى حقه
وذلك لان المدعي لما لم يسم السارق كان بمنزلة نفس صاحب اليد للسرقة ولو عينه كذلك لم تندفع الخصومة عن ذي اليد
وان اقام ذو اليد البينة على ما ادعى فههنا كذلك وذلك لانا اذا جعلناه سارقا لا تندفع الخصومة عنه ويقضي القاضي
بالعين للمدعي ويسلم العين اليه فاذا ظهر السارق بعد ذلك يقطع يده لانه انما ظهرت سرقته بعد حصول المسروق
الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولا يقضي بالعين للمدعي فمتى ظهر السارق بعد ذلك يقطع يده لانه ظهرت سرقته
قبل ان يصل العين الى مالكه فكان جعله سارقا احتيالا لدرء الحد قوله الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه بان قال الشهود ان المودع
وكله بقبضه **باب ما يدعيه الرجلان** لما ذكر حكم الواحد من المدعين
ذكر في هذا الباب حكم الاثنين قوله اذا ادعى اثنان اي ادعى الخارجان عينا في يد ثالث يزعم كل واحد منهما انه له واقاما البينة

فقضي بها بينهما وقال الشافعي في قول يتهاتران او يتساقطا وفي قول يقرع بينهما ويقضي لمن خرجت قرعته بناء على اصل العاصي معه
ملك واحد الغرضين لا يتصور ان يكون كل المدعى لكل واحد منهما في حالة واحدة ويتهما الكذب يمنع العمل بالبينة فيتعينه اولى
وتعذر تعيين الصادق من الكاذب فيتهاتران او يعين احدهما بالقرعة لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان رجلين
تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقام كل واحد منهما بينة انها امته فاقرع رسول الله صلعم بينهما وقال اللهم
انت تقضي بين عبادك فما لحق يقضي بها لمن خرجت قرعته ولنا ان استعمال القرعة لتعيين المستحق اصل في الشرع كما في قسمة المال
المشترك لنا حديث تميم بن طرفة الطائي ان رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله صلعم واقاما البينة فقضى به رسول الله
بينهما نصفين وما روي من استعمال القرعة فقد كان في وقت كان القمار مباحا ثم نسخ ذلك بحرمة القمار لان تعيين المستحق
كابتداء الاستحقاق فكان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمارا فلذا تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قمارا بخلاف
قسمة المال المشترك فللقاضي فيه ولاية التعيين بغير قرعة وانما يقرع تطييبا لقلوبهما ونفيا للتهمة الميل عن نفسه فلا
يكون ذلك في معنى القمار ولانهما استويا في سبب الاستحقاق والمدعى قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كالغريمين
في التركة وهذا لان البينات حجج الله تعالى فيجب العمل بها ما امكن وقد امكن هنا لانه يتوالى بدليل التنصيص على عين واحد
فاعتمد كل واحد منهما سببا اطلق له اداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن يشهد له او اعتمد احدهما سبب الملك كالشراء
ونحوه والاخر اليد فصحت الشهادتان فيعمل بهما بالتنصيف لان المحل يقبله قوله ولو ادعى اثنان الى اخره اعلم
ان صورة المسئلة عبد في يد رجل ادعى رجلان كل واحد منهما اشترى العبد من صاحب اليد ونقد الثمن وانكر صاحب
اليد ذلك ولم يوقت احد من الشاهدين وقامت فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي
نقد شهوده فرجع على البائع بنصف الثمن وان شاء ترك واخذ كل الثمن لان الشاهدين قاما على امر حادث لم يعرف تاريخ واحد
فيجعل كانهما وقعا معا فيحكم بينهما بالتنصيف لان استواءهما موجب للتسوية لكل واحد منهما على الكمال وخير المشتري بان
في ذلك لانه ما رضي بالعقد الا بتسليم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه لتفرق الصفقة عليه ويخير كل واحد منهما
فان قلت قد بسط القاضي يكذب احد الفريقين لان الشراء على عبد واحد من رجل من كل واحد منهما بكماله
لا يتصور في وقت واحد فينبغي ان يبطل البينتان قلت الشهود شهدوا بنفس الشراء لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع
الشراء معا وتصور شرائهما في وقتين من رجل حين واحدة فكل واحد منهما اعتمد سببا اطلق له الشهادة فيجب العمل
بهما بحسب الامكان ولان الشراء يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيلين بان وكل رجل كل واحد على الانفراد بان
يشتريا جاريته فباع كل واحد منهما معا من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل فيثبت انه لا يستحيل ورد الشراء
في زمان واحد من رجل واحد قوله لم يكن لاحدهما ان ياخذ الجميع بناء على ان القاضي لما قضى بالشراء بينهما نصفين
فقد فسخ العقد في كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بتجديد العقد فان قلت الفسخ انما يكون ان لو كان
الشراء موجودا ابطل كل موجود افطاهر وان لم يكن فلا يمكن قلت هذا لان استحقاق كل واحد منهما الكل كان ثابتا
الى البينة وانما لا يظهر في النصف لوجود بينة صاحبه فكان لذلك استحقاق الكل فانما فسخ نظرا الى الدليل وهذا

بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون للاخر ان ياخذ الجميع لانه اثبت شراءه في الكل وانما كان القضاء به
بالنصف لمزاحمة صاحبه معه فاذا زالت المزاحمة يقضي له بالكل وهذا كالشفيعين اذا اسلم احدهما قبل قضاء القاضي
لهما للاخر جميع الدار ولو كان تسليمه بعد القضاء لهما بالدار لم يكن للاخر الا نصف الدار قوله فهو للاول منهما لانه
اثبت شراءه في وقت لا ينازعه الاخر فيه فاستحقها من ذلك الوقت فتبين ان الاخر اشتراها من غير المالك فكان باطلا
قوله ولو وقت احدهما ولم يوقت الاخر فهو لصاحب الوقت لانه ثبت له الملك في ذلك الوقت والذي لم يوقت
ثبت ملكه في الحال لان شراءه حادث فيضاف حدوثه الى اقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء الموقت سابقا فكان
اولى قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض اي العبد في يد احدهما فهو لذي اليد لانهما استويا في الاثبات ولا
تنقض اليد الثابتة بالشك وبينة الخارج انما ترجح اذا ادعيا ملكا مطلقا اما اذا ادعيا الملك بسبب فيهما سيان ولان
تمكنه من القبض دليل سبق شرائه لان القبض بناء على العقد الثابت بالبينة ظاهرا حملا لفعل المسلم على الصلاح لاعتماد
القبض وقبضه امر لعقد الاخر لا ان كل واحد منهما حادث يحكم بوقوعهما معا فيقدم عقد صاحب القبض ضرورة قوله
وكذا لو ذكر الاخر وقتا اي لم يشفع به لان القبض احد او جدا لم ينقض بالشك ووقت الاخر محتمل فلا تنقض اليد الثابتة بمعنى
الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء ذي اليد فحينئذ يكون الخارج اولى لانا نعدم عقده بعد ما ثبت سبق شهوده وتقدم
الاخر بنوع دلالة ولا عبرة للدلالة في مقابلة الصريح وهذا معنى قوله لان الصريح يفوق الدلالة قوله لكونه معاوضة
من الجانبين والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب احد والشراء يترجح بكونه الاسات لان الشراء يوجب الملك في العوضين
والهبة لا يوجب الملك الا بالقبض فكان الملك للمدعي سابقا فكان اولى قوله والهبة والقبض يعني لو ادعى الخارج
عينا في يد ثالث واقام احدهما البينة على الهبة والقبض والاخر على الصدقة والقبض يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في التبرع
والافتقار الى القبض ولا ترجح للصدقة على الهبة باعتبار معنى اللزوم بناء على ان اثر اللزوم يظهر في ابطال الرجوع
وذلك حكم يظهر في ثاني الحال والترجيح انما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع الى المال لان الهبة قد يكون لازمة بان
وقعت لذي رحم والصدقة قد لا يكون لازمة بان وقعت لغني فاستويا قوله لان الشيوع طارئ وهو لا يمنع
صحة الهبة كما لو استحق نصف الموهوب بعد القبض وعند البعض لا يصح لانه يتعين الهبة في الشائع هذا القول
اصح في المبسوط وذكر هذه المسئلة فيه باوضح بيان فقال لو ادعى رجل هبة مقبوضة وادعى الاخر صدقة مقبوضة
واقاما البينة فان وقت احدهما السابق ولم يوقت الاخر فيقضى لصاحب الوقت لان كل واحد منهما اثبت سبب ملك حادث
فانما يحال بحدوثه على اقرب الاوقات وقد اثبت احدهما تاريخا سابقا بالتوقيت فيقضى بها له وان كان في يد من لم يوقت
بشهوده فقضى بها له لان قبضه دليل سبق عقده وهو دليل معاين والتوقيت في حق الاخر خبر به وليس الخبر كالمعاينة
الا ان يقيم الاخر بينة انه اول العقدين فيكون هو اولى لاثباته الملك في وقت لا ينازعه الاخر فيه وان لم يكن هناك تاريخ ولا قبض
معاين لاحدهما ففيما لا يقسم يقضى به بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها
تبطل البينتان جميعا اذ لا يمكن فيها ما ترجح احدهما من قبض او ما يرجح له لانا لو عملنا بهما قضينا لكل واحد منهما بالنصف

والهبة ومما يحتمل القسمة لا يجوز فيبطل هذا قول ابي حنيفة رح واما عند ابي يوسف ومحمد رح فيستحق ان يقضى لكل
واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين لان الصحيح المذكور في المبسوط قولهم جميعا انا لو قضينا لكل واحد منهما
بالنصف انما نقضي بالعقد الذي يشهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا **قوله**
وان ادعى احد الشريكين حرمة العبد وادعت امرأة ان دار العبد تزوجها عليه استويا فيقضى لكل واحد منهما بالنصف
وهذا عند ابي يوسف وقال محمد الشراء اولى ويقضى به لصاحب الشراء وللمرأة على الزوج القيمة بناء على ان
التساوي في السبب وصحة العمل بهما ما امكن وامكن العمل بهما بالتقسيم بان يجعل الشراء سابقا فانه لو قدمنا النكاح
لا يصح الشراء بعده بل يبطل اذا لم تجز المرأة ولو قدمنا الشراء يصح العقد لما انه تزوج على عين الغير وانه
جائز وتجب قيمته عند تعذر تسليمه ولابي يوسف ان كل واحد منهما يثبت بنفسه فيتحقق المساواة بينهما في الاستحقاق
كما في دعوى الشراء من اثنين والجواب عما قاله محمد فهو ان المقصود من ذلك السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك
المسمى كما لو تأخر الشراء في انصافهما قال محمد اثبات تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ بين العقدين لا يثبت من غير حجة
كذا في الاسرار **قوله** وفي القياس الهبة اولى لان الهبة توجب ملك العين والرهن لا يوجب فكان السبب الموجب
ملك العين اقوى وجه الاستحسان ان الرهن عقد ضمان والهبة تبرع وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع لانه
يثبت الدين المرهون في العدين فكان اكثر اثباتا والهبة لا تثبت الا يدا لا واحدا فصار كالشراء مع الهبة بخلاف
الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء **قوله** فصاحب التاريخ الاقدم اولى هذا قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف
اخرا وبه قال محمد اولا واما على قول محمد اخرا يقضى بينهما ولا عبرة للتاريخ واما لو ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر
عند ابي حنيفة رح يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق وعلى قول ابي يوسف
يقضى للذي ارخ وعلى قول محمد يقضى للذي لم يؤرخ **قوله** واما البينة على ما ذكرنا فالقول الاولى في هذا الحكم
لا تفاوت بين ان يكون بايعهما واحدا او اثنين لان صاحب التاريخ الاقدم اولى انما يتفاوت الحكم بينهما فيما اذا
وقت احدى البينتين ولم يوقت الاخرى على ما ذكر بعد هذا بقوله بخلاف ما اذا كان البائع واحدا **قوله** لانه يعني
في وقت لا منازع له فيه يعني انه استحقها من ذلك الوقت حيث لم يثبت الاخر شراءها من غير المالك فكان شراؤه باطلا
اعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا ولم يكن فلا يخلو اما ان يدعيا ملكا مطلقا او ارثا او شراء وكل قسم على ثلاثة اقسام
لانه اما ان يكون المدعى في يد ثالث او في يدهما او في يد احدهما وكل وجه على اربعة اقسام لانه اما ان لم يؤرخا
تاريخا واحدا او ارخا وتاريخ احدهما اسبق او ارخ احدهما دون الاخر وحكمه على ذلك اثنا عشر وثلثون فصلا اما
اذا ادعيا ملكا مطلقا والعين في يد ثالث لم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا فههنا يقضى بينهما لاستوائهما في الحجة
وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى للاسبق لانه اثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضى بالملك له
ثم لا يقضى بعده لغيره الا اذا تلقى الملك منه ومنازعه لا يتلقى الملك منه فلا يقضى له وان ارخ احدهما ولم يؤرخ
الاخر فعند ابي حنيفة رح لا عبرة للتاريخ ويقضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لانه يجوز

ان يكون الاخر اقدم منه ويحتمل ان يكون متأخرا عنه فيحمل تعارضا رعاية للاحتمالين وعند ابي يوسف للذي ارخ لانه
اثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت يقينا ومن لم يؤرخ ثبت له الحال يساوي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه بشك فلا تعارضه
وعند محمد يقضى للمطلق لان دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الاصل ودعوى المؤرخ تقتصر على وقت التاريخ ولهذا ترجع الباعة بعضهم
على بعض ويستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة فكان المطلق اسبق تاريخا فكان اولى وهذا اذا كان المدعى في يد ثالث
وان كان في يديهما فكذا الجواب لانه لم يترجح احدهما على الاخر باليد وان كان في يد احدهما فان ارخا تاريخا واحدا او لم يؤرخا
فهو للخارج لان بينته اكثر اثباتا وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فهو لاسبقهما تاريخا لما مر وعن محمد رح انه رجع عن هذا
القول وقال لا تقبل بينة ذي اليد على الوقت لان البينتين قامتا على مطلق الملك لم تتعرضا لجهة الملك فاستوى التقدم
والتأخر فيقضى للخارج ولهما ان البينة مع التاريخ تتضمن معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره
بعده لا يكون الا بالتلقي من قبله وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما فصاحب الوقت اولى عندهما
وعنده يكون بينهما وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر فعند ابي يوسف يقضى للمؤرخ لان بينته اقدم من المطلق كما لو ادعى
رجلان شراء من واحد وارخ بينة احدهما دون صاحبه كان صاحب التاريخ اولى وعند ابي حنيفة ومحمد رح يقضى للخارج
ولا عبرة للوقت لان بينة ذي اليد انما تقبل اذا كانت متضمنة معنى الدفع وههنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لوقوع
الشك في وجوب التلقي من جهته لجواز ان شهود الخارج لو وقتوا لكان اقدم فاذا وقع الشك في تضمنه معنى الدفع فلا تقبل
مع الشك والاحتمال وان ادعى كل واحد منهما الارث من ابيه فان كان العين في يد ثالث ولم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا
فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فهو لاسبقهما تاريخا عند ابي حنيفة وابي يوسف
الاخر وكان ابو يوسف يقول اولا يقضى بينهما نصفين في الارث والملك المطلق ثم رجع الى ما قلنا وقال محمد رح في رواية ابي حفص
كما قال ابو حنيفة وفي رواية ابي سليمان لا عبرة للتاريخ في الارث فيقضى بينهما نصفين وان سبق تاريخ احدهما لانهما
لا يدعيان الملك لانفسهما ابتداء بل لمورثهما يجرانه الى انفسهما ولا تاريخ لملك المورثين فصار كما لو حضر المورثان وبرهنا
على الملك المطلق حتى لو كان لملك المورثين تاريخ يقضى لاسبقهما وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر يقضى بينهما نصفين اجماعا
لانهما ادعيا تلقي الملك من رجلين فلا عبرة للتاريخ وقيل يقضى للمؤرخ عند ابي يوسف ولو كان العين في ايديهما فكذا
الجواب وان كان العين في يد احدهما ولم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا يقضى للخارج وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فهو
لاسبقهما تاريخا وعند محمد رح للخارج لانه لا عبرة للتاريخ هنا وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر فهو للخارج اجماعا وقيل
عند ابي يوسف للمؤرخ وان ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا فهو بينهما نصفان لاستوائهما
في الحجة وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما تاريخا اتفاقا بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لانهما يثبتان
الملك لبايعيهما ولا تاريخ لملك البائعين فيؤرخ الملك لا تعدد به وصار كانهما حضرا واما البينة بلا تاريخ فيكون بينهما
اما ههنا فقد اتفقا على ان الملك كان لهذا الرجل وانما اختلفا في التلقي منه وهذا الرجل اثبت التلقي لنفسه في وقت لا ينازعه
فيه صاحبه فيقضى له ثم لا يقضى به لغيره بعده الا اذا تلقى منه وهو لا يتلقى منه وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر

فهو للمؤرخ اتفاقا لانه اثبت شراءه لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضي له حتى يثبت تقدم شراء غيره
عليه بخلاف ما لو ادعى الشراء من رجلين ووقت احدهما ولم يوقت الآخر فانه يقضي بينهما نصفين لان كل واحد
منهما خصم عن بائعه في اثبات الملك له ويوقت احدهما لا يدل على سبق ملك بائعه فلعل ملك البائع الآخر اسبق
فلهذا اقتسما بينهما وههنا اتفقا على ان الملك لبائع واحد فحاجة كل واحد منهما السبق الى اثبات سبب الانتقال
اليه لا الى اثبات الملك للبائع من سبب الملك حق من وقت شهوده اسبق فكان هو المدعي احق وان كان العين في ايديهما
فهو بينهما الا اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فحينئذ يقضي لاسبقهما تاريخا وان كان في يد احدهما فهو لذي اليد
سواء ارخ او لم يؤرخ الا اذا ارخا وتاريخ الخارج اسبق فيقضى به للخارج ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر
الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون
الملك من باعتهم فصاروا كما لو حضروا وبرهنوا على الملك المطلق فيقضى بينهم ارباعا كذا ههنا قوله فصاحب
التاريخ الاقدم اولى اعلم ان في هذا الحكم لا تفاوت بين ان يكون بائعهما واحدا او اثنين لان صاحب التاريخ الاقدم
اولى انما التفاوت بينهما اذا وقت احد المشتريين ولم يوقت الآخر كما سيأتي قوله انه اسبقه في وقت لا منازع له
فيه يعني انه اسبقهما من ذلك الوقت فيحتمل ان الآخر اشتراها من غير المالك فكان شراؤه باطلا قوله معناه من غير
صاحب اليد بان كان عبد في يد رجل ادعاه رجلان كل واحد منهما يدعي انه اشتراه من صاحب اليد بكذا فان ارخا
وتاريخهما على السواء او لم يؤرخا فالعين بينهما نصفان لاستوائهما في الدعوى والحجة وان ارخا وتاريخ احدهما
اسبق فهو اولى لانه اثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه احد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت فيتبين ان الآخر اشتراه
من غير المالك وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ اولى قوله وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء
من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء اي ذكرا تاريخا واحدا او مالو ذكرا تاريخين فالسابق اولى لان اثبات الملك لبائعه
في وقت لا ينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده كذا في المبسوط فان قلت ما الفرق
لمحمد رح بين مسئلة الشراء وبين مسئلة الميراث فان الخارجين اذا ادعيا ارثا من ابويهما وارخا وتاريخ احدهما اقدم
يقضي بينهما فلم يعتبر سبق التاريخ في الميراث واعتبر في الشراء قلت لان المشتري حادث يثبت الملك للمشتري من وقت
ولا تعلق له بملك البائع فما اثبت لنفسه الملك في وقت لا ينازعه فيه احد كان هو اولى واما ملك الوارث فهو ليس
بملك جديد بل هو عين ما كان ثابتا للمورث لان الوارث خلافه ولا تاريخ في ملك المورث فاستويا قوله كانهما حضرا
اي حضر البائعان وادعيا قوله كما ذكرنا اشارة الى قوله لكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد
بنصف الثمن وان شاء ترك قوله لانهما اتفقا اي خرج البائع الواحد على ان الملك لا يتلقى الا من جهته وانما حاجة كل
منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه لا الى اثبات الملك وسبب الملك حق الذي وقت شهوده اسبق فكان هو المدعي
اولى قوله لانهم يتلقون الملك من باعتهم على طريق التعاقب لان البائع واحد من المملكين لا يؤرخ فكان المراد منه
من مملكيهم قوله وعنه اي عن محمد رح انه لا تقبل بينة ذي اليد قوله رجع البداية اي قوله لا تقبل بينة ذي

اليد في الصور كلها الا في النتاج وروى ابن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا القول قوله متضمنة معنى الدفع
هذا جواب عما يقال بينة صاحب اليد على اثبات الملك المطلق غير مقبولة فاجاب بان بينته ههنا لسبق التاريخ متضمنة
معنى الدفع على معنى انه لا يصح اثبات الملك بعد ذلك التاريخ الا بالتلقي من جهته فكان دافعا لملك غيره الا بالتلقي
منه ويبتنى على الدفع مقبولة كبينة المرأة والعبد والامة بالطلاق والعتاق على الوكيل بنقلهم لقصر يد الوكيل
عنهم قوله وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما يعني صاحب الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد لا يعتبر الوقت فكانهما اقاما على مطلق الملك فيكون بينهما والمعنى ما بينا وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين
قوله ووقت احدهما دون الآخر وانما قيدت بالوقت لان الخارج وذا اليد اذا اقاما بينة على ما ادعاه
في الملك المطلق من غير ذكر التاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم وانما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى
الملك المطلق بين الخارج وذي اليد المار قوله ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته اي جهة ذي اليد
يعني لان الاحتمال والتردد وقع في معنى الدفع ههنا فلا ترجح بينة ذي اليد لانه لما ارخ بينة ذي اليد ولم يؤرخ
بينة الخارج لم يقطع بانه يجب ان يكون الملك للخارج متلقى من جهة ذي اليد لجواز ان الخارج لو وقتت شهوده كان اقدم
فاذا وقع التردد والاحتمال في تضمنه معنى الدفع لم تقبل بينة ذي اليد مع الشك قوله وعلى هذا اذا كانت
الدار في ايديهما فاقام احدهما بينة على ملك مؤرخ واقام الآخر على مطلق الملك يسقط التاريخ عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف الذي وقت اولى كذا في الايضاح قوله ولو كانت في يد ثالث المسئلة بحالها اي وقتت بينة
احدى الحالتين في الملك المطلق دون الاخرى قوله فهما سواء اي فالخارجان سواء فصار كانهما اقاما
البينة على ما ادعاه ولم يوقت احد منهما قوله لانه دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد والاولاد
والاكساب فكان يدعي مطلق الملك كان يدعيه الملك من الاصل وكان كملك الاصل اولى من التاريخ قوله الترجيح
بالسبق وكما اذا ادعيا الشراء من بائع واحد وارخ احدهما دون الآخر فان صاحب التاريخ اولى قوله
فصار هو اي يترجح احتمال عدم التقدم وهذا لان الذي يؤرخ فكما احتمل ان يكون متأخرا عنه احتمل ان يكون
سابقا على تاريخ صاحبه اولا ان التاريخ لم يكن يقتضي السبق لفظا من اقتضائه دلالة لفظ الدعوى على الخارج
فتقدم التاريخ له دلالة السبق بحسب المعنى كما قال محمد واذا وقع التعارض من حيث الاحتمال يسقط اعتبار التاريخ فصار
كما لو اقاما البينة على الملك المطلق قوله بخلاف الشراء يعني انهما لما ادعيا الشراء اتفقا على الحدوث وعلى اليد
للحدوث من التاريخ فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قوله فصاحب اليد اولى سواء
اقام صاحب اليد بينته على دعواه قبل القضاء بها للخارج او بعده وهذا جواب الاستحسان وفي القياس الخارج اولى
وبه اخذ ابن ابي ليلى بناء على ان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج بينته كما تثبت استحقاق
اولية الملك بالنتاج تثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد بينته لا تثبت استحقاق
الملك الثابت للخارج بوجه فكانت بينة الخارج اولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق وجه الاستحسان ان دعوى

الساج دعوى اولية الملك ولو استويا في اولية الملك فصرح صاحب المعدما لعد وهذا لان يد ذي اليد لا يدل
على اولية الملك فهو بسبب بعينه ما ليس بثابت له بظاهر يده فوجب قبول بينته ثم صرح بعده بخلاف الملك المطلق
لانه بعينه لا يثبت الا ما هو ثابت له بظاهر يده وقال عيسى ابان الطريق عندي في الساج تهاتر البينتين لتيقن القاضي
بكذب احدهما اذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين فيقضي بها لذي اليد قضاء ترك لتهاتر البينتين وصار كانهما لم يقيما
البينة ولو لم يقيما البينة يقضي لذي اليد قضاء ترك حتى يحلف ذو اليد للخارج كذا هنا وهذا ليس بصحيح فقد
ذكر في الخارجين اقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه يقضي بينهما نصفين ولو كان الطريق على ما قال لكان
يترك في يد ذي اليد فعلم ان القضاء لذي اليد قضاء استحقاق حتى لا يحلف ذو اليد للخارج كذا في الذخيرة قوله
فصاحب النتاج اولى بها كان بناء على ان بينته قامت على اولية الملك صريحا فلا يثبت لاخر الا بالتلقي منه والاخر
لم يتلق منه واولية نتاج لا توجد لغيره بها مع الصريح قوله وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة الساج
اولى حتى اذا ادعى رجل عبدا في يد رجل انه ملكه مطلقا وادعاه اخر انه ملكه ولد في ملكه واقاما على ذلك بينة فبينة
الساج اولى من بينة الملك المطلق لما ذكرنا ولو قوله لو ذكر بعد صاحب الساج قامت على اولية الملك قوله ولو قضى
بالساج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على الساج يقضي له قوله الا ان يعيد ذو اليد البينة على الساج
لان بينة ذي اليد ما قامت على هذا المدعي وانما قامت على الاول فعلم بضرورة انه مقضيا عليه بتلك القضية قوله
وكذا المقضي عليه بالملك المطلق يعني لو ادعى ذو اليد والخارج الملك المطلق وبرهنا فقضى على ذي اليد بالملك
ثم ان ذا اليد المقضي عليه لو اقام البينة على النتاج تقبل ونقض به القضاء الاول لانه بمنزلة النص فنزل بخلاف
الاجتهاد فينقض الاجتهاد به كذا هنا لانه ظهر انه قضى للمدعي بمطلق الملك مع تصريح ذي اليد بما يوجب عنده
والقضاء للمدعي في هذه الحالة باطل فينقض قضاؤه كما لو ظهر نص بخلافه وفي دعوى الملك المطلق لو اقام الخارج بالملك
البينة وقضي له ثم اقام ذو اليد بعينه انه له لا تسمع بينته لان الخارج بينته استحق على ذي اليد الملك الثابت
بظاهر يده فصار ذو اليد مقضيا عليه فلا تسمع بينته بعد ذلك وفي الساج على عكس ذلك اي تقبل بينته وينقض
بناء على ان الساج يدل على اولية الملك صريحا وبعد ما ثبت الملك لذي اليد بسبب النتاج لا يتصور ان يصير للخارج
بسبب الساج فانه مما لا يتكرر ثم اعلم ان الرجل اذا صار مقضيا عليه في الساج بعد ذلك لا تسمع بينته وان اعادها
وايضا كما يشترط على ذي اليد الاول اعادة البينة فكذلك يشترط على ذي اليد الثاني عند دعوى المدعي الساج
صورة ذلك عبد في يدي البخاري مثلا اقام عليه السمرقندي البينة انه عبده ولد في ملكه واقام البخاري البينة
انه عبده ولد في ملكه قضى القاضي بالعبد للبخاري ثم ابطل بينة السمرقندي ثم حضر خجندي واقام بينة على
البخاري انه عبده ولد في ملكه فانه يستحق بينته الا ان يعيد البخاري على الخجندي انه عبده ولد في ملكه ولا يكتفي
بالبينة الاولى فان لم يعد البخاري على اعادة البينة قضى القاضي بالعبد للخجندي ثم احضر البخاري البينة انه
عبده ولد في ملكه قضي للبخاري ان لم يعد البخاري البينة ولكن حضر او شيء او اقام البينة انه عبده ولد في ملكه

في ملكه فان القاضي يقول للخجندي اعد بينتك على انه ولد في ملكه بحضرة الاول وسمى قال احضرها كان هو احق
بالعبد من الاول وشيء فان حضر السمرقندي وهو المدعي الاول واقام البينة انه عبده ولد في ملكه لم يقبل بينته لانه قد قضي
عليه به مرة فلا تقبل بينته على احد بعد ذلك قوله وكذلك النسج يعني كل سبب في الملك لا يتكرر فهو في معنى
الساج بناء على انه دعوى اولية الملك وذلك كالنسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كنسج الثياب القطنية وغزل
القطن وحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجز الصوف صورة المسئلة اذا ادعى رجل ثوبا في يد رجل انه
ملكه فانه نسج في ملكه واقام بينة على ذلك واقام صاحب اليد بينة كذلك فقضى بالثوب لصاحب اليد ذكره في المبسوط
هذه على خمسة اوجه احدها ان الدعوى اذا كانت في جبن فاقام الخارج وذو اليد البينة على انه جبنه صنعه
في ملكه فهو لذي اليد لان الجبن لا يصنع الا مرة فهو سبب لاولية الملك بمنزلة النتاج والثاني اذا اقام كل واحد منهما
البينة ان اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه فيقضي به للمدعي لان اصل المنازعة في اللبن وبينة كل واحد منهما
قامت على الملك المطلق والثالث لو يقيم كل واحد منهما البينة انه حلب اللبن الذي صنع منه هذا الجبن من شاته
في ملكه فيقضي به لذي اليد لان الحلب في اللبن لا يتكرر فكان في معنى الساج والرابع اذا اقام كل واحد منهما البينة
ان الشاة التي حلب منها هذا اللبن الذي صنع هذا الجبن ملكه فيقضي للمدعي لان المنازعة في ملك الشاة وبينة
كل واحد منهما قامت على الملك المطلق والخامس لو يقيم كل واحد منهما البينة ان الشاة التي حلب اللبن منها وصنع
الجبن شاته ولدت في ملكه من شاته والبينة بينة ذي اليد لان الجبن قامتا على الساج في الشاة التي كانت المنازعة
فيها قوله وان كان يتكرر قضي للخارج لانه بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ
من وبره خزا وهو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى ثم ينسج والمعنى فيه ان الشيء الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز
ان يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ان كان
ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة اذا
صار لذي اليد بنسجه لا يتصور ان يصير للخارج بنسجه فكان في معنى دعوى الساج قوله والبناء ان كانت المنازعة
بينهما في دار وهي في يد احدهما اقام كل واحد منهما البينة انها داره بناها بماله يقضي بها للخارج لان البناء يكون
مرة بعد اخرى فلم يكن في معنى الساج وكذا في الغرس يقضي للخارج لان الشجر يغرس غير مرة فقد يغرس ثم يقلعه انسان
ثم يقلعها غيره ويغرس وكذا الزرع اي ادعى كل واحد منهما ان هذه الحنطة له زرعها في ارض بنفسه يقضي للخارج لانه
قد يكون الزرع مرة بعد اخرى لان الحنطة تزرع في الارض ثم يغربل التراب فتميز الحنطة منها فتزرع مرة اخرى قوله
فان اشكل اي ان اشكل الامر في تكرر بعض الاسباب وعدم تكرره ما يرجع الى اهل العلم بذلك فان اشكل يقضي للخارج
لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر الساج وهو ما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ان رجلا ادعى
ناقة في يد رجل واقام البينة انها نتجت عنده واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجت عنده فقضى رسول الله صلعم
للذي في يده قوله وان اقام كل واحد منهما اي من الخارج وصاحب اليد البينة على الشرى من الاخر صورته دار

فى يد رجل ادعى خارج انه اشتراها من ذى اليد وادعى ذو اليد انه اشتراها من الخارج واقاما البينة
ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان سواء شهدوا بالقبض ولم يشهدوا وتترك الدار فى يد ذى اليد
تترك قضاء وهذا عندهما وعند محمد يقضى بالبينتين ويقضى بها لذى اليد ان ذكروا القبض بناء على ان البينات
حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وقد امكن لانهما ابتاعا العقدين والقبضين فيجعل كان ذا اليد باعها وسلمها
ثم الخارج باعها وسلمها وان لم يذكروا القبض يقضى بها للخارج لانهما ما ابتاعا القبض بالشهادة وقد ثبت القبض
عيانا ومتى لا نعلم السبق جعلناه كان ذو اليد مستبدا بالقبض من الخارج اولا ثم قبضها بما عينها من الخارج فيؤمر بالتسليم
اليه ولا ينعكس اى لا يجعل كان الخارج اشترى من ذى اليد اولا ثم باعه من ذى اليد لان فى ذلك يلزم البيع قبل
القبض والبيع قبل القبض لا يجوز عند محمد وان كان فى العقار يعتبر بما قاله فى المنقول تعارضا فيحمل التساقط
من موجبهما فصحت اليهما يراد لا يمكن ان يجعل كل واحد منهما بائعا ومشتريا فى ساعة واحدة ولا دليل له
على السبق ولا رجحان لاحدهما على الاخرى لان الاقرار على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كان كل واحد
منهما اقام البينة على اقرار صاحبه بالملك له ولو كان كذلك تهاترت الاقرارات جميعا **قوله** يملك يستحق يعنى
لو قضينا ببينة صاحب اليد كان هذا قضاء بالعقد لعدم ملكه والسبب لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه فاذا
لم يقع الحكم له فى المآل لم يكن السبب معتبرا **قوله** فالقصاص مذهب محمد للوجوه عنده فان المنقول لما كان
كل واحد منهما موجبا للثمن على مشتريه تقاصا الوجوب بالوجوب **قوله** ولو شهد الفريقان اى فريقا شهود
الخارج وذى اليد **قوله** تهاترتا بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار دعواهما مثل هذا البيع
اقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه وفى مثل هذا الاقرار تهاترت الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار ان
البيع من كل واحد جائز لوجود البيع بعد القبض لكن يشترط ذكر التاريخ ولا دلالة له التاريخ عليه ومتى القبض
اذ لو جعلنا بيع الخارج لاحقا يلزم البيع قبل القبض ولما ابتعوا البيع والقبض لكل واحد منهما كان بيعهما جائزا
وليس احدهما من اخر فى القبول فتساقطا للتعارض وهو معنى قوله والجمع غير ممكن **قوله** وان وقتت البينتان
فى العقار وعند بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف اعلم ان هذا على وجهين لانه اما ان كان وقت الخارج سابقا او وقت ذى
اليد وكل على وجهين اما ان شهد الشهود بالقبض او لم يشهدوا وانه فان وقت الخارج سابقا وان لم يشهدوا
بالقبض يقضى بها لذى اليد عندهما لان شراءه يثبت سابقا ثم اشتراه منه ذو اليد قبل التسليم وبيع العقار
قبل القبض جائز عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يجوز بيع العقار قبل القبض عنده وان شهد الشهود
بالقبض يقضى لذى اليد بالاجماع لان الخارج باعها منه بعدما قبضها وذلك صحيح فان كان وقت ذى اليد سابقا
يقضى بها للخارج سواء شهد الشهود بالقبض او لم يشهدوا اما اذا شهدوا بالقبض فلا اشكال فيه وكذلك ان لم يشهدوا
به لان ذا اليد بائع وقد اثبت شراءه سابقا فيجعل قبضه صادرا عن عقده ثم الخارج انما اشترى منه بعد قبضه فيؤمر
بالتسليم اليه **قوله** وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد اى بالاجماع لانه يجعل ان الخارج باعها منه بعد

ما قبضها وذلك جائز بالاتفاق **قوله** وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج فى الوجهين اى سواء شهدوا
بالقبض او لم يشهدوا لانه يجعل كان ذا اليد اشترى اولا على ما شهد به شهوده ثم باعها من الخارج ولم يسلم اليه
او سلم اليه ثم عاد الى ذى اليد بوجه آخر فيؤمر بالتسليم اليه **قوله** فهما سواء وعند الاوزاعى رض اذا كانت
الدعوى فى عين كل واحد من المدعيين يدعى كله يقضى لاكثرهما عددا فى الشهود وذكر فى المبسوط ان الترجيح لا يقع
بكثرة العلل بل بقوة فيها الا ترى ان الخبر لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية اخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه واما
اذا كانت احدى الآيتين تحتمل التاويل والاخرى لا تحتمل فكان غير المحتمل اولى لانه لما لم يحتمل التاويل كان مفسرا وهو راجح
على النص الظاهر وكذلك الشهادات اذا تعارضتا وواحدة منهما مستورة والاخرى عادلة رجحت العادلة بالعدالة لانها
صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل مثلها وشهادة كل عدد
ركن مثل شهادة الاخرى لا ان يكون بعضها صفة للبعض اشار الى هذا فى الفوائد **قوله** فصاحب الجميع يضرب بكل
حقه سهم من معناه يأخذ بكل جهة سهم وفى المغرب قال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اى يأخذ منه شيئا بحكم ماله
من الثلث **قوله** ولهذه المسألة نظائر واضداد فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى
بعين مع الموصى له بنصف ذلك اذا لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون المشترك اذا ادانه احد المولين
مائة درهم واجنبى مائة درهم وبيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبى عند ابى حنيفة بطريق العول اثلاثا
وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا عمدا وآخر خطأ وللمقتول عمدا ابنان فعفا احدهما فحق
العبد بالخمسين ومما اتفقوا على ان القسمة فيها بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء اذا ضاقت التركة
عن ايفاء حقهم والموصى له بالثلث مع الموصى له بالسدس اذا لم يجز الورثة ومما اتفقوا على ان القسمة فيه بطريق
المنازعة فضولى باع عبد رجل بغير امره وباع فضولى آخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين
بطريق المنازعة ارباعا فالاصل لابى يوسف ومحمد ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق فى العين كانت القسمة على طريق
العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق فى العين فى الاصل فالقسمة على طريق المنازعة كما فى بيع الفضولى
فان حق كل واحد من المشتريين كان فى الثمن فيتحول بالشراء الى المبيع وفى مسألة الدعوى حق كل واحد من المدعيين فى العين
فكانت القسمة على طريق العول يعنى لان حق كل واحد منهما شائع فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب
الكثير بنصفه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول والاصل عند ابى حنيفة ان كل واحد منهما اذا كان يدلى بسبب
صحيح معلوم فالقسمة على طريق العول كالورثة فى التركة واذا كان يدلى بسبب صحيح كانت القسمة على طريق المنازعة
ولا منازعة لصاحب الكثير كما فى بيع الفضوليين فان بيع كل واحد منهما غير صحيح قبل اجازة المالك وهذا لان
المضاربة انما يصار اليها عند الضرورة وذلك عند قوة السبب فاستوى السببان فى صفة الصحة وفى مسألة
الدعوى سبب استحقاق كل واحد منهما الشهادة وهى لا توجب شيئا قبل اتصال القضاء بها فلم يكن كل واحد
من السببين معلوم الصحة فلهذا كانت القسمة على طريق المنازعة وما قاله يبطل بحق الغرماء فى التركة

فان القسمة بينهم بسبب حق كان في العين ومع ذلك كانت القسمة عليه كذا في المبسوط **قوله** ولو كانت في ايديهما اعلم انه لو كانت الدار في ايديهما وبرهنا فالدار كلها لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء بناء على ان دعوى مدعي النصف منصرفة الى ما في يده ليكون يده محقة في حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب فمدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف هو في يده فيسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة فبقي في يده واجتمع بينة الخارج وبينة ذي اليد في يد صاحب النصف فبينة الخارج اولى بالقبول **قوله** وان اشكل ذلك كانت بينهما هذا الذي ذكره في يد الخارجين اما اذا كانت الدعوى بين الخارج وذي اليد في النتاج واقاما البينة ووقتا لسن الدابة وسن الدابة وسن فان كانت الدابة على وفق بينة المدعي قضيت بها له لان علامة الصدق ظهرت في شهادة شهوده وعلامة الكذب ظهرت في شهادة شهود ذي اليد واما اذا كانت البينة على وفق بينة ذي اليد او كانت مشكلة قضيت بها للذي في يده لما ظهور علامة الصدق في شهوده او سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة كذا في المبسوط واما اذا كانت سن الدابة بين الوقتين اللذين ذكرهما الخارج وذو اليد ذكر في الذخيرة في ذلك عامة المشايخ على تهاتر البينتان ويترك الدابة في يد صاحب اليد فان خالف سن الدابة الوقتين اي في دعوى الخارجين بطلت البينتان في الاصح وتكون الدابة بينهما في الفصلين يعني اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين لانه لا اعتبار ذكر الوقتين لحجتهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حجتهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لما لو اعتبرنا الوقت بطلت البينتان في يد ذي اليد وذو اليد والعين على استحقاقهما على ذي اليد فكيف يترك مع قيام حجة الاستحقاق عليه **قوله** فهو بينهما لاستوائهما لان المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب

فصل في التنازع بالايدي

لما ذكر اثبات الملك لنفسه بالبينة ومع الاقوى ذكر في الفصل اثبات الملك بسبب التصرف باليد لان هذا اضعف لما انهما اذا تعارضا كان الاعتبار للبينة لا لليد فان الخارج وذا اليد اذا ادعيا الملك لنفسهما في العين واقاما البينة على ما ادعاه فالاعتبار لبينة الخارج لا للذي اليد **قوله** فالراكب اولى لان تصرفه اظهر واما اذا كان احدهما ممسكا بلجام الدابة والاخر متعلق بذنبها فالمستاخرون يقضي للذي هو ممسك بلجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك اما الذنب فانه كما يتعلق به المالك يتعلق غير المالك كذا في الذخيرة **قوله** واللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا كذا في الايضاح **قوله** لان القعود ليس بيد عليه حتى لا يصير غاصبا بساط بمجرد القعود بخلاف الركوب على الدابة فانه يصير غاصبا بمجرد الركوب بغير الاذن **قوله** لان الزيادة من جنس الحجة فلا يوجب زيادة في الاستحقاق فان قلت يشكل على هذا اعني ما ذكره في المتن بعد هذه في مسئلة الحائط فان جذوع احدهما اولى من اثر الاخر فهو لصاحب الثلثة حيث جعل الزيادة من جنس الحجة موجبة للترجيح قلت جوابه ما يجيء بعد ان شاء الله تعالى **قوله** اذا كان الصبي في يد رجل الى اخره اعلم انه اذا اختصم رجلان

في عبد كل واحد منهما يقول هو عبدي وهو في يديهما فان كان الصغير يعبر عن نفسه اي يعقل ما جرى على لسانه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه فكان هو صاحب اليد وكان المدعي خارجا فالقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه اما بمعنى الكرامة اذ كونه في يد غيره دليل الاهانة ومع قيام يده على نفسه لا يثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين الا اذا اسقط اعتبار يده شرعا فحينئذ يعتبر يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم اهليته بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه اي لا يعقل ما يقول وقد يكون بثبوت الرق عليه لان الرق عبارة عن عجز حكمي والعجز يباين القدرة فبينهما تناف فاذا ثبت الضعف ثبت العجز **قوله** ولو قال انا عبد لفلان لغير ذي اليد فهو عبد للذي في يده بناء على انه متى اقر على نفسه بالرق فقد اقر بسقوط اعتبار يده فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد انه له ولا ينقطع يده الا بحجة وشهادة العبد ليس بحجة فان قلت الاقرار بالرق من المضار فكيف صح ذلك الاقرار من الصبي والاقوال الموجبة للضرر غير نافذة في حق الصبي ولو كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين فانه يعد من المضار ولم يعرف من المباح قلت ثبوت الرق هنا ليس باقرار الصبي بل بدعوى ذي اليد فانه عند عدم دعوى الحرية لا يعتد بيده عليه اي بيد صاحب اليد على الصبي وعند عدم المعارضة يعتبر يده عليه فيكون القول قوله في ذلك بمنزلة الصبي الذي لا يعقل اذا كان في يده ولان الاقرار بالرق ما في مقدور المعبر ادراكه لان التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين والطلاق والعتاق لانه ليس في مقدور المعبر ادراكه **قوله** وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده فان قلت ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فان الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى انه عبده لا يصدق وهنا يصدق قلت الفرق ان صاحب اليد انما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانه يصح الدعوى مع السكوت ومتى لم يعرف انه لقيط فيد ذي اليد عليه ثابتة من كل وجه لانها ثابتة حقيقة وحكما لان يده عليه ليست بغيره فيصح الدعوى فان قلت وجب ان لا يصدق في دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل لان بني آدم باسرهم احرار في الاصل لانهم اولاد آدم وحواء وهما كانا حرين فكان ما ادعى من الرق امرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلت ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل ذلك الاصل واليد على حر هذا اسامة دليل على خلاف ذلك لانها دليل الملك فيبطل ذلك الاصل كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** الهرادي الهردية عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكروم اعلم ان الحائط المتنازع بين اثنين اما ان لا يكون متصلا ببنائهما او بناء احدهما ولكن يكون بين داريهما او يكون متصلا ببنائهما او ببناء احدهما والاتصال نوعان اتصال تربيع واتصال مجاورة وملازقة لا يخلو اما ان يكون لهما عليه شيء من الجذوع والهرادي او كان لهما عليه هرادي وكان لاحدهما عليه جذوع وللاخر عليه هرادي فان لم يكن الحائط متصلا ببنائهما ولم يكن لهما عليه شيء من الجذوع وغيره فانه يقضى بينهما لانهما استويا في الدعوى وليس احدهما باولى من الاخر فيقضى بينهما ومعنى القضاء فانه لما عرف كونه في ايديهما ترك كذلك فصار كما ان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يده يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما فترك كذلك وكذا ان كان لاحدهما هرادي او بواري ولا شيء للاخر عليه يقضى بينهما لان وضع

ما الحائط صح

الهرادي لان لصاحبه على الحائط يد استعمال لان الحائط انما يبنى للسقف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع البواري انما يوضع الهرادي والبواري للاستظلال والحائط يبنى للاستظلال وهو يحصل بالحائط والحائط لاحدهما على الحائط بوت ولو كان لاحدهما جذوع عليه ولا شيء للاخر فانه يقضى لصاحب الجذوع لان له يد استعمال وللاخر مجرد يد بلا استعمال فالاول اولى كدابة تنازع فيها اثنان احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان له يد استعمال انما اعتبر الاستعمال ترجيحا اذا استويا في اليد لان الاستعمال زيادة دلالة على الصدق واما اذا كان لاحدهما جذع واحد ولا شيء للاخر او للاخر هرادي هل يقضى لصاحب الجذع الواحد لم يذكر في ظاهر الرواية وقال بعض مشايخنا لا يقضى لصاحب الجذع الواحد لان الحائط لا يبنى لوضع جذع واحد وقيل يقضى لصاحب الجذع الواحد لان له نوع استعمال وهذا اذا لم يكن الحائط المتنازع متصلا ببنائهما اما اذا كان متصلا فلا يخلو اما ان كان لهما اتصال ملازقة فانه يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في الدعوى والاتصال واما اذا كان لاحدهما اتصال تربيع وللاخر اتصال ملازقة فكان لصاحب التربيع لان له نوع استعمال وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في المتنازع فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبة في الاخرى اما اذا نقب فادخل لا يكون تربيعا فاذا كان كذلك كان لصاحب التربيع نوع استعمال والاتصال المجاورة مجرد اتصال من غير استعمال وكان الكرخي يقول صفة هذا التربيع ان يكون الحائط المتنازع من الجانبين جميعا متصلا بحائطين لاحدهما والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شيء واحد فصاحب الاتصال اولى **قوله** ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة حتى لو كان لاحدهما عشر خشبات وللاخر ثلث فهو بينهما نصفين لان لكل واحد منهما عليه حملا مقصودا يبنى الحائط لاجله فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك في القلة والكثرة بعد تمام النصاب اي الثلث اقل الجمع كما لو تنازعا في ثوب ولاحدهما عليه خمسون منا وللاخر مائة من كان بينهما نصفين لو كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللاخر خشبة فلكل واحد منهما ما تحت خشبته ذكره في كتاب الدعوى والعتاق ان يقضى بينهما نصفان وهو رواية عن ابي حنيفة لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة فيستويان وذكر في كتاب الاقرار ان الحائط كله لصاحب عشر خشبات الا موضع الخشبة فانه لصاحبها لان لصاحب العشرة عليه حملا مقصودا يبنى الحائط لاجله وليس لصاحب الخشبة الواحدة مثل ذلك لان الحائط لا يبنى لاجل خشبة واحدة فكان الظاهر شاهدا لصاحب العشرة الا انه لا يرفع خشبته لكن يبقى لحق الوضع لا للاستحقاق وصاحب الخشبات باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة للاستحقاق يده ووجه رواية كتاب الدعوى ان يده استحقاق باعتبار وضع الخشبة فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق في ذلك الموضع فاما ما بين الخشبات فلم يذكر في الكتاب انه لمن يقضى وقال بعضهم يقضى بينهما بالكل على احد عشر سهما لصاحب الخشبات عشرة اسهم ولصاحب الخشبة سهم اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة من الحائط واكثرهم على انه يقضى بالكل لصاحب عشر خشبات لان الحائط يبنى لوضع عشر خشبات لا لوضع خشبة واحدة الا موضع الخشبة الواحدة لضرورة استعمال صاحبها اياه فيبقى على ذلك العدد الظاهر ويقضى بما سواه لذي الخشبات لان الثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وقيل يقضى بما بين الخشبات بينهما نصفين لان كل واحد منهما يستعمل الحائط الا ان احدهما اكثر استعمالا ولا ترجيح بكثرة العلة **قوله** ولو كان لاحدهما عليه جذوع وللاخر اتصال فهو لصاحب الجذوع بناء على ان الاستعمال والتصرف اقوى ولصاحب الاتصال يد والتصرف اقوى لانه المقصود بالبناء وقال الطحاوي هو لصاحب الاتصال اولى لان الحائطين صارا في حكم حائط واحد باتصال مداخلة اللبنات وبعضه لاحدهما بلا نزاع فيكون باقيه له ضرورة القضاء له ببعضه بكله او يرد المختلف الى المتفق عليه **قوله** فالساحة بينهما نصفان لانهما سواء في استعمال الساحة لان استعمالها بالمرور وهما في حق المرور سواء ولعل مرور صاحب العلل اكثر بان كان وله جا اخراجا على الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار كالطريق يستوي فيه صاحب الدار والمنزل والسفل قلت يشكل على هذا مسائل اعتبر في بعضها جانب الكثرة والعجز جانب القلة اصلا وفي بعضها اعتبر جانبهما لكن على حسب القلة والكثرة اما على وجه التنصيف كما لو اقام احد المدعيين شاهدا واحدا والاخر شاهدين اعتبر جانب الكثرة فحسب وكما لو تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وبيد الاخر هدبه يقضى لصاحب الثوب ولو اخبر عدل بنجاسة الماء وعدلان بطهارته يحكم بخبر العدلين وكذا في رواية الاخبار على قول البعض وفي تنازع اثنين في حائط لاحدهما عليه خشبة والاخر عشر خشبات يقضى للاخر الان وفي مسئلة الشرب لو تنازعا في مقدار الشرب يقسم بينهما على قدر الاراضي بخلاف مسئلة المرور فما وجه الفرق بين هذه المسائل قلت اما الشهادة فان الله تعالى لم يجعل ما دون الشاهدين حجة في ايجاب القضاء على القاضي بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين وفي الثوب انما لم يقض لصاحب الهدب بشيء لان الاستحقاق انما يثبت باعتبار اليد على الثوب ويد صاحب الهدبة انما تثبت على الهدبة دون الثوب لان الثوب اسم للمنسوج وهو غير منسوج وفي الاخبار بنجاسة الماء وطهارته فان الخبر يعتمد زيادة الصدق فاما ههنا فبخلافه لانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو اليد فان يد كل واحد على الساحة باعتبار انه يتطرق فيه الى ملكه ويضع امتعته وغيرهما وقد استويا فيه فيستويان في الحكم وفي مسئلة الخشبة ليس لصاحب الجذع الواحد غير مستعمل للحائط لانه ما يبنى لوضع واحد من الخشبة واما مسئلة الشرب فان الشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فيكثر الاراضي يكثر الاحتياج الى الشرب فيقدر به على كثرة حوله في الشرب اما الساحة فشيء يحتاج اليه الارباب بنفسه وهما سواء في الاحتياج فاستويا في الاستحقاق كذلك **قوله** يعني يدعي انها في يده لم يقض بانها في يد احدهما الا بالبينة لان اليد حق مقصود يستحق الانسان به احدا مقصودا ولو ادعيا الملك لا يقضى لاحدهما بلا بينة كذا هنا ولان اليد غير مشاهد فيها لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته ولانه جاز ان يكون في يد غيرهما فلو قضى لهما او لاحدهما باليد لاستطال صاحب اليد بلا حجة وانه لا يجوز **قوله** وان اقاما البينة قضي باليد لهما اعتبارا لليد بالملك فان قلت البينة حجة على الخصم ولم يثبت كونها في يد الاخر لا يكون خصما فكيف يقضى باليد فيها للذي اقام البينة

فلم هو خصم باعتبار عدم رقبته فى البدل الا يرى انه يتمكن من اثبات البدل بدعواه ولو لم يكن بعد الاخر حر كان خصما
لحنس باعتبار ما ذكرنا فى شىء شرعا كانت بينته مقبوله **قوله** وان كان احدهما مدبرا لبسا وهو فيهما
او يبنى وجه فيهما فهو فى يده لان حق صاحب الاستعمال ثابت له كالركوب فى الدواب واللبس فى الثياب

باب دعوى النسب

لما ذكر الدعوى فى الاموال وما فى معناها شرع
فى بيان الدعوى فى النسب وانما قدم دعوى الاموال لكثرة الوقوع من اسباب التقدم لان الاهم فيها والاشكل
ان الاهم من اسباب التقدم **قوله** وهو قول زفر والشافعى بعد ما قال ان البائع متناقض فى كلامه ساع
فى نقض ما تم من جهته وهو البيع اذ الاقدام على البيع اعتراف منه بجوازه والتناقض يبطل الدعوى لا نسب
بدون الدعوى صار كما لو ادعى اب البائع الولد وكذبه المشترى فانه لا يثبت النسب منه فيما قلنا اصحابنا انا
انه امكن اثباته منه فيثبت وهذا لانا تيقنا بحصول العلوق فى ملكه لما ولدت لاقل من ستة اشهر وذلك
منزلة البينة العادلة فى اثبات النسب منه اذ الظاهر عدم الزنا منها وامر النسب على الخفاء فقد يظن المرء
ان العلوق ليس منه ثم يظهر له انه منه فكان يعذر فى اسقاط اعتبار التناقض كحد كاتب مولاه ثم برهن ان مولاه
كان حررها قبل الكتابة يبطل الكتابة ولم يعتبر التناقض لخفاء الاعتاق فى امر العلوق اخفى فالعذر فيه اقوى **قوله**
ويرد الثمن على المشترى لان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع بخلاف اب البائع لانه لم يتحقق العلوق على ملكه فكان له
حق التملك على ملك ابنه وقد زال ذلك بالبيع **قوله** لانهما استويا باسنادها الى وقت العلوق فى اقتصار
دعوى التحرير على الحال ودعوة البائع سابقة معنى فكانت اولى فان قيل للمشترى حقيقة الملك فيهما وللبائع
حق الملك والحق لا يعارض الحقيقة كما لو جاءت جارية رجل بولد فادعاه هو وابوه يجعل النسب من المولى
لان له حقيقة الملك فيها وللاب حق التملك فيسقط اعتبار الحق بمقابلة الحقيقة قلنا دعوة البائع دعوة
استيلاد لما مر تقريره بخلاف دعوة المولى مع ابيه فان شرط صحة دعوة الاب ان يملك الجارية من وقت العلوق اذ
ليس فى مال ولده حق ملك لا حقيقة ملك فاذا اقترن دعوة المولى بدعوة الاب لم يحصل هذا الشرط ولاجله
يثبت النسب من المولى دون ابيه **قوله** فلا يستحق العتق بحق الولد ولا يحتمله اى الام **قوله** لانه
لا يحتمل النقض علم ان الاعتاق صحيح ظاهرا ولو صحت دعوته فى حق الولد ابطل اعتاقه والعتق بعد وقوعه صحيحا
لا يحتمل البطلان فلم يصح الدعوة فى حق الولد كيلا يبطل عتق المشترى فلا يصح فى حق الام ايضا لانها تبع له نعم
للبائع هنا حق استلحاق النسب لانه لا يحتمل النقض ايضا لكن الثابت للمشترى حقيقة الاعتاق فيبطل الحق
لضعفه بمقابلة الحقيقة لقوتها **قوله** وعند هما يرد الثمن هو الصحيح وذكر فى المبسوط يرد حصته من
الثمن لا حصتها بالاعتاق وفرق بين الموت والعتق ووجهه ان القاضى كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة
من المشترى قبل عتقه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد حصتها ايضا **قوله** فى يده
غلامان توأمان ولدا عنده وكان علوقهما عنده ايضا فباع احدهما فاعتقه المشترى الى اخره تقريره ان دعوة البائع

صحت فى الولد الذى عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه فيثبت نسبه واذا ثبت نسبه ثبت نسب الاخر
لانهما خلقا من ماء واحد ويبطل عتق المشترى فى المشترى ضرورة لان الذى عنده ظهر انه حر الاصل فانه يقتضى
ان يكون الاخر حر الاصل فانه يستحيل ان يكون احدهما حر الاصل والاخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد وكان هذا
نقض الاعتاق بامر فوقه وهى الحرية الثابتة باصل الخلقة **قوله** ثبت حرية الاصل اى ثبت
بطلان اعتاق المشترى بطريق التبعية لحرية المشترى الذى كانت الحرية فيه حرية الاصل وذلك لان دعوة البائع
هنا لما كانت دعوة استيلاد استندت حريتهما الى وقت العلوق لانه لما ثبت به حرية الاصل للذى عنده كان
من ضرورته ثبوت حرية الاصل للاخر لانهما خلقا من ماء واحد فلذلك بطل البيع والعتق فى الذى اشتراه
المشترى واعتقه اى ظهر بطلانهما فعلى هذا كان اعتاق حرية الاصل بحذو ان طريق التدليس من حريته **قوله**
لان هذه دعوة تحرير لان اصل علوقهما لما لم يكن فى ملك البائع كانت دعوته دعوة التحرير فكان قوله هذا ابنى مجازا
لقوله هذا حر والتوأمان ينفصل احدهما عن الاخر فى الاعتاق وليس من ضرورة عتق احدهما دعوة البائع ابطال
البيع وابطال عتق المشترى فان قلت ما الفرق بين هذه وبين ما اشترى الرجل احد التوأمين واشترى ابوه
الاخر فادعى الرجل الذى بيده انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتق الذى فى يد الاخر ايضا وقد ثبت هنا كعتق
الذى فى يد الاخر مع ان علوق التوأمين لم يكن فى ملك المدعى وفيما نحن فيه قد اشترط الاعتاق فيما فى يد
الاخر كون علوقهما فى ملك المدعى قلت ما الفرق بينهما الولد المدعى لكن هو الاب فلا بن ملك اخاه فيعتق
عليه وان كان المدعى هو الابن فالاب ملك حافده فيعتق **قوله** وان كان لا يحتمل النقض فى ذلك كان النسب
لا يحتمل النقض لا يرى انه يعمل فيه ان لا اكراه اى الاكراه يعمل فى الاقرار بالنسب **قوله** يرتد بالرد اى حال
ابتداء ثبوته فانه قابل للارتداد وان كان لا يقبله بعد الثبوت كرد المديون ابراء رب الدين فى حال الابراء
يرتد بالرد حال ابتداء الابراء اما لو سكت المديون فصح الابراء من غير قبول بعد ذلك لو رده
لا يرتد **قوله** ثم قال انه المشترى انا اعتقته يتحول الولاء اليه اى الى المشترى فصار كانه لم يقر
اصلا ولابى حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته فلا يبطل بالرد والتكذيب كمن اقر بحرية عبد انسان
وكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه فابو حنيفة رح تقول ان كلامه اولا اقرار
يستلزم احد شيئين ثبوت النسب من الغير اخرج به عن دعوى هذا النسب اصلا وتكذيب المقر له انما يبطل
ما هو حقه فاما ما لا حق له فيه فلا يبطل الاقرار فيه بتكذيبه وخروج المقر عن دعوى هذا النسب ليس بحق
للمقر له فبقى الحال على ما كان عليه والدليل عليه ان تكذيبه لم يبطل الاقرار لان النسب مما لا يحتمل الابطال
اصلا بل بقى موقوفا على حقه حتى اذا ادعاه ثبت نسبه منه فلا يملك المولى دعواه لنفسه فى حال توقف نسبه
على حق الغير **قوله** ترد شهادته للتهمة كالفسق والقرابة ثم ادعاه الشاهد لنفسه لم يصح دعوته
لجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه اولادا فجنى الاولاد فكان

عمل جعاسهم على موالي الام لان الاب ليس من اهل الولاء فكان الولاء ملحقا بقوم الام فان اعتق العبد جر
ولاء الولد الى نفسه هكذا عن عمر رضي الله عنه قوله وقد اعترض على الولاء الموقوف وهو الولاء من
جانب البائع وانما سماه موقوفا لانه على عرضة التصديق بعد التكذيب قوله ما هو اقوى فهو دعوى
المشتري انما كان دعواه اقوى لان الملك له قائم في الحال ظاهر فكان دعوى الولاء الى نفسه بسبب الاعتاق
مضافا الى محله لوجود شرطه وهو قيام الملك قوله خلاف النسب لما مر وهو قوله ان النسب لا يحتمل
النقض في اخره قوله وهذا الصحيح جوابي حمله على اصله اي على اصل ابي حنيفة قوله فيمن يبيع الولد
نفس المسئلة لم يكون صبي في يد رجل ولد في ملكه وهو يسعه ولا ثاني المشتري لم يدعه البائع يوما فطلب
حيلة امر لا يعارض الشيء بالدعوى فالحيلة في ذلك عند ابي حنيفة لم يطلب من البائع انه ابن عبده الغائب
فان بعد ذلك الاقرار لا يصح دعوى البائع صدق العبد البائع فيما قال او كذبه او لم يدر انه صدقه او كذبه
والحيلة على قول الكل لم يقر البائع لم هذا ابن فلان المستحق لا يأتي منه التكذيب فيكون مخرجا على قول
الكل قوله بخلاف الرجل اي يصدق الرجل في دعوى الولد بدون شهادة القابلة لمعنيين احدهما ما ذكرنا
ما ولم دعواه دعوى علوق الولد منه وذلك امر باطن لا يوقف عليه فيقبل قوله بغير حجة لما ذكرنا واما
دعوى المراة دعوى الولادة والولادة يمكن اثباتها بالحجة والثاني لم دعوى الرجل اقرار على نفسه بوجوب
النفقة والحفظ والتربية اما دعوى المراة فاقرار على الزوج ولا يلزمها شيء من ذلك في الدعوى فلا تقبل
الا بحجة قوله ومن اشترى جارية فوطئها فولدت منه ولدا فاستحقها رجل غرم الاب للمولى قيمة الولد يوم
يخاصم لم جاء المستحق والولد حر في الاصل فيه لم ولد المغرور حر بالقيمة والمغرور من يشتري امة او يملكها
بسبب من اسباب الملك كالهبة والوصية والصدقة فيستولدها ثم يظهر بالبينة انها ملك الغير او يتزوج
امراة على انها حرة ثم يظهر بالبينة انها امة فالولد في هذه المسائل حر بالقيمة روي ذلك عن عمر رضي في النكاح وعن
علي رضي الله عنه في الشراء وذا بمحضر من الصحابة فحل محل الاجماع وان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور بنى امره
على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر والامة ملك المستحق والولد متفرع من ملكه فاستوجب النظر
ايضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الامكان وذا بان يحيى حق المستحق في معنى المملوك ويحيى حق المغرور في صورته
فيجعل حر الاصل في حقه عبدا في المستحق قوله والمال لابيه فان قلت الولد ولم كان حر الاصل في حق المستولد
مملوكا في حق المستحق فلم كان المعتبر جانب المستولد احق بان الولد لو كان حيا فالمستحق يجعل من ماله وكان
كله للولد واذا هو الولد احق به في حقوقه فليكن الوالد احق به بعد وفاته لانه خلفه قال وهلك حينئذ لا يكون
الارث مشتركا بينهما نظرا للجانبين لانه حر في حق الابن في [illegible] حق المستحق بل هو حر الاصل في حق المستحق
ايضا وانما قدرنا الرق فيه لضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها انتهى والله اعلم

باب الاقرار

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يعقبه من الكتب من الاقرار والصلح
والمضاربة والوديعة ظاهر المناسبة وذلك لان دعوى المدعي اذا توجهت الى المدعى عليه فامره لا يخلو
اما ان يقر او ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية فانه تعالى قال وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ
اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال بماله لا يخلو اما ان
يسترجع منه اولا فان استرجع منه فلا يخلو اما ان يسترجع بنفسه او بغيره وقد ذكرنا ما استرجاعه بنفسه
في كتاب الشرع وذكر هنا استرجاعه بغيره وهو المضاربة وان لم يسترجع فلا يخلو اما ان يحفظه بنفسه او بغيره
ولم يذكر حفظه بنفسه لانه ليس من المعاملات فيعني حفظه بغيره وهو الوديعة اعلم ان الكلام فيه في تفسيره
وفي بيان كونه حجة وكيف يكون حجة ومن يجوز اقراره ومن لا يجوز وما يقربه وما يكون اقرارا وما لا يكون ومن يقر له
والاستثناء ونحوه فالاقرار اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه وليس باثبات الحق وحكمه ظهور المقر به لا ثبوته
ابتداء الا يرى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه ولهذا قالوا لو اقر لاخر
بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يسلمه بطيبة نفسه
فيكون تمليكا مبتدا منه على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا
صدقه ثم رده لا يصح رده اعلم انه يحتاج ههنا الى بيان الاقرار لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه
ودليل كونه حجة وعلته وانواع المقر به وبيان الفرق بين حالة الصحة والمرض اما اللغة فهو افعال من قر الشيء
اي ثبت والاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود وفي الشرع عبارة عن اخبار بما له ظاهر العين
واما سببه فارادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره لئلا يبقى تبعة الواجب واما شرطه فالعقل والبلوغ
بلا خلاف اما الحرية فهي شرط في بعض الاشياء دون البعض وكذا الرضا والطوع شرط حتى لا يصح اقرار
المكره واما ركنه فالالفاظ المذكورة واما حكمه فلزوم ما اقر به على المقر واما دليل كونه حجة على المقر الكتاب
هو قوله تعالى كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ والشهادة على نفسه هو الاقرار وقال تعالى
بَلِ الْإِنسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ اي شاهدة بالحق والسنة وهو ما روي انه صلعم رجم ماعزا باقراره
على نفسه بالزنا والغامدية باقرارها فلما جعل الاقرار حجة في الحدود والتي يدرأ بالشبهات فلأن يكون حجة
في غيرها اولى وعليه اجماع الامة ولانه لم كان مترددا بين الصدق والكذب في الاصل لكنه ظهر رجحان الصدق
على الكذب لوجود الداعي الى الصدق والصارف عن الكذب لان عقله ودينه يحملان على الصدق ويحجران
عن الكذب ونفسه الامارة بالسوء انما تحمله على الكذب في حق الغير اما في حق نفسه فلا فصار عقله
ودينه وطبعه دواعي الى الصدق زواجر عن الكذب فكان صدقا ظاهرا والصدق يجب قبوله والعمل به
وانه حجة قاصرة بخلاف البينة لانها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل واما الاقرار
فلا يفتقر الى القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز
ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبه لانه قد ثبت حق الحرية او استحقاق

الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم حتى لا يبطل المتراخي اقرار الحر العاقل البالغ بحق صحيح مجهولا كان ما اقر به كشيء وحق
ومال او معلوم فاشتراط الحرية ليصح اقراره مطلقا اذ العبد المحجور لا يصح اقراره بالمال لكن يصح بالحدود
والقصاص لان اقراره عهد موجبا يتعلق الدين برقبته لان ذمته ضعفت بالرق فانضمت اليهما مالية الرقبة وهي
ملك المولى فلا يصح اقراره عليه بخلاف الحدود والقصاص لانه مبقي على اصل الحرية فيهما لانهما من خواص
الادمية وفيهما مبقي على الحرية ولهذا لا يصح اقرار المولى على العبد بالحدود والقصاص بخلاف العبد الماذون
فانه اذا اقر بدين لرجل او بوديعة او عارية او غصب يصح لانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار لان المولى اذا اذن له
فقد رضي بتعلق الدين برقبته فكان مسلطا عليه من جهته قوله والعقل والبلوغ لان الصبي والمجنون
لا يتعلق باقرارهما حكم وهذا لان الموجب ملزمه لظهور الصدق فيه وظهوره لصدوره عن العقل لانه
حلو مائل الى المحاسن زاجر عن القبائح والصدق حسن والكذب قبيح فاذا لم يكن المقر عاقلا فقد فات دليل
صدقه فلا يكون حجة والصبي لقصور عقله ملحق بالمجنون ولهذا لا يصح اقراره بدين او وديعة او غصب
او عارية او خراج او حد او طلاق او كفالة او اقرار اذا كان الصبي ماذونا في التجارة فان اقراره جائز بدين لرجل
او وديعة او عارية او مضاربة او غصب لانه التحق بالاذن بالبالغ لدلالة الاذن على عقله ولا يصح الا بالمهر
والجناية والكفالة لانها غير داخلة تحت الاذن اذ التجارة مبادلة المال بالمال والنكاح مبادلة مال
بما ليس بمال والكفالة تبرع من وجه فلم يكن تجارة المطلقة والنائم والمغمى عليه كالمجنون لانهما ليسا من اهل
المعرفة والتمييز وهما شرطان لصحة الاقرار واقرار السكران جائز بالحقوق كلها الا بالحدود والخالصة
والردة بمنزلة سائر التصرفات بعد من السكران كما بعد من الصاحي قوله مجهولا كان ما اقر به يعني كما يصح
الاقرار بالمعلوم يصح بالمجهول لان الحق قد يلزمه مجهولا بان يتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم
ودية لان الواجب في الجراحات لا يساوي حقا فلا يعلم في الحال موجبا ويبقى عليه باقيه حسابا لا يحيط به
علمه لان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وقد اخبر بهذه الصفة بخلاف الجهالة في المقر له اذا كانت متفاحشة
بان قال هذا العبد لواحد من الناس لان المجهول لا يصلح مستحقا وان لم يكن باقراره غصبت هذا العبد من هذا
او هذا فانه لا يصح هذا الاقرار عند شمس الائمة السرخسي رح لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد لان فائدته الجبر
على البيان ولا جبر على البيان وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد لان فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول
ثابت لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ وتعال لهن المجهول لان الاجمال وقع من جهته وتعال المجهل
على المجمل وصار كما اذا اعتق احد عبديه فان له ان يجبره القاضي على البيان ايضا ايصالا للحق الى المستحق
قوله لفلان علي شيء او حق لزمه ان يبين ما له قيمة لانه وصفه بالوجوب في ذمته لان علي للايجاب والالزام
وما لا قيمة له لا يوصف بالوجوب في الذمة ولو قال لفلان علي حق ثم قال عنيت به حق الاسلام لا يصدق
وان قال موصولا يصدق لانه بيان مغير باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به

حقوق مالية قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه اخبر عن الوجوب اعلم انه فرق بين هذا وبين الخلع فان من خالع
امراته على ما في بيتها من شيء فاذا البيت ليس فيه شيء كان الخلع مجانا ولم يجعل تسمية الشيء فيه دليلا على المالية لان النساء
من اسباب الفرقة وهي قد يكون بغير بدل في العادة فلا يكون فيما صرح به دليلا على المالية في الشيء المذكور واما
الغصب فلا يطلق في العادة الا فيما هو مال قوله وكذا لو قال غصبت منه شيئا الى اخره اعلم ان الجهالة هنا كل
لا تشترط لصحته وحقيقته اعلام ما صادفه ذلك التصرف فان اقراره مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة
فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب فان من غصب لرجل مالا مجهولا في كيس او اودعه مالا مجهولا في كيس فانه يصح الغصب
والوديعة ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته وحقيقته اعلام ما صادفه ذلك التصرف وذلك كالبيع والاجارة فان
من اقر انه باع من فلان شيئا او آجر فلانا شيئا او اشترى من فلان كذا شيئا لا يصح اقراره ولا يجبر المقر على تسليم شيء وهذا
لان الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا انه باع منه شيئا مجهولا لا يجب تسليمه بحكم هذا البيع لكونه فاسدا
فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب منه شيئا مجهولا او اودعه شيئا مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت
بالاقرار واذا اصح الاقرار مع الجهالة يجبر المقر على البيان رحما للمقر له فاذا بين ما هو مال متقوم وصدقه المقر له فيما بين
ولم يدع عليه زيادة كان على المقر تسليم ما بين فقط وان صدقه فيما بين وادعى عليه الزيادة لزمه تسليم ما بين لوجود الاقرار
والتصديق فيه والقول في الزيادة قول المقر مع حلفه لانه ينكر الزيادة وان كذبه فيما بين وادعى شيئا آخر بطل اقراره
بالتكذيب وكان القول قول المقر فيما ادعى عليه وان بين ما ليس بمال لم يصدقه المقر له فيما بين لم يكن عليه شيء اخر سواء
بين ما يقصد بالغصب بان قال غصبت منه امراة او ولدا صغيرا او ما لا يقصد بالغصب بان قال غصبت منه كذا
من تراب وحبة سمسم او بر وان كذبه وادعى عليه غصب مال متقوم لا يصدق المقر سواء بين ما لا يقصد بالغصب او ما يقصد
او ما يقصد لان يطلق اسم الغصب يطلق على احد مال متقوم في العرف فصار كانه قال غصبت مالا ثم بين انه ليس بمال
فلا يكون مصدقا لانه رجوع عما اقر به قوله فانه اسم لما يتمول به وذا موجود في الكل قوله وان قال مال عظيم
اي خبر الدراهم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لان النصاب عظيم حتى صار صاحبه به غنيا وهذا قول ابي يوسف ومحمد رح
وروي عن ابي حنيفة انه يصدق في عشرة دراهم لانها مال عظيم حتى يقطع بها العضو ويستباح به البضع
قوله وفي الابل خمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وكان ينبغي ان يقدر بخمس لانه يجب فيه شاة فكان
غنيا قلنا هو مال عظيم من وجه حتى يجب فيه الزكوة وليس بعظيم من وجه حتى لا يجب فيه من جنسه فاعتبرنا ما ذكرنا بالنكول
عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الى الكامل وفي العددي نصب يملكه نصيب من وزن سهامه يجمعها ادنى الجمع حتى لو قال
من الدراهم كان نصابه درهم ولو اداء ادنى الابل يجب عليه من الابل خمسة وعشرون قوله ولو قال دراهم كثيرة
الى اخره ما ذكر في المتن ولو قال علي حنطة كثيرة فهذا على خمسة اوساق والوسق ستون صاعا وهو على قولهما بناء
على ان النصاب في باب العشر مقدر بهذا واما على قول ابي حنيفة فلا نصاب للحنطة فيرجع الى بيان المقر قوله
لانه اقل الجمع فهو المستقر لما عرف في اصول الفقه ولا عادة لا قصاه فانصرف الى ادنى ليتعين الا ان يبين اكثر منها

لان اللفظ يحتمله وفيه تغليظ على نفسه قوله وينصرف الى المعتاد بناء على ان المطلق ينصرف الى المتعارف
كما مر في البيوع فان ادعى وزنا اقل من ذلك لم يصدق لانه رجوع قوله واقل الكثير المفسر احد وعشرون
ووجوب الاقل في الفصلين لتيقنه والاصل في الذمم البراءة قوله وكذا درهما فهو درهم لانه
تفسير للمبهم وذكر في فتاوى قاضي خان لو قال كذا دينارا عليه دينار لان كذا كناية عن العدد واقل
العدد اثنان ولو قال كذا كذا درهما فهو احد عشر حملا للواحد منها على التكرار اذ لا نظير له سواه قوله
ولو ثلث بان قال لفلان علي كذا وكذا وكذا درهما لان اقل العدد الذي يثلث بالواو مع تربيع لفظ العدد
في المفسر هذا الذي ذكره مع زيادة الالف حتى قال لفلان علي الف ومائة واحد وعشرون فكذا في لفظ الكناية
عن العدد قوله لان على صيغة ايجاب بناء على ان كلمة على خاصة للاخبار عن الواجب في الذمة واستعماله
من العلو انما يعلو اذا كان دينا في ذمته وكذا قبلي اقرار بالدين لان هذا عبارة عن اللزوم الا ترى ان
الصك الذي هو حجة الدين يسمى قبالة وان الكفيل يسمى قبيلا لانه ضامن للمال قوله والاول اصح بناء على
ان استعماله في الديون غلب واكثر فكان الحمل عليه احرى قوله فمستفاد قبلهما فان قلت يشكل على هذا ما
لو قال له قبلي مائة درهم دين او وديعة فهو دين حيث لم يجعل هنا كالامانة مع ان الامانة اقلهما في
ذكر الدين والامانة من كافلت فيما يحرف بنوع اللفظ الى الضمان والامانة انما تشا من لفظ واحد وفي تلك
المسئلة من لفظين والاصل ان احد اللفظين اذا كان للامانة والاخر للدين فاذا جمع بينهما في الاقرار
يرجح الدين وهذا لان استعارة اللفظ الذي يوجب الدين لتوجب الامانة جائز دون العكس كما قلنا
في استعارة لفظ العتق للطلاق بلا عكس قوله والتأجيل انما يكون في حق واجب لانه للترفيه والقضاء
يحتمل سقوط الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه قوله لزمه الدين حالا بناء على
انه اقر بحق على نفسه حقا فيه فيصدق في الاقرار بلا حجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد في يده انه لفلان
استاجره منه فصدقه المقر له في الملك دون الاجارة قوله بخلاف الاقرار بالدراهم السود فصدقه
في الاقرار دون وصف السود فانه لا يلزمه البيض لان السود نوع في الدراهم لانها لا تنطبع بلا غش
لكن السود اكثر قوله وهو القياس والاول به قال الشافعي لانه عطف مفسرا على مبهم في الفصلين
والعطف لم يوضع للبيان فبقيت المائة مبهمة فيهما وجه الاستحسان في ذلك قوله ودرهم بيان للمائة عادة ودلالة
اما من حيث العادة فان الناس يعدون عن تطويل العبارات بالنص على الدراهم عند ذكر كل عدد ويكتفون
بذكره مرة وهذا شيء لا يمكن انكاره الا ترى انهم يقولون احد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة
ويجعلون ذلك تفسيرا للكل واما من حيث الدلالة فلان المعطوف مع المعطوف عليه بمنزلة المضاف اليه
اذ كل واحد منهما للتعريف عند الصلاحية وهي موجودة في المكيلات والموزونات لانها تثبت في الذمة مطلقا
حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض فيها لعموم البلوى جعلنا العطف فيهما تفسيرا بخلاف قوله وثوب وشاة

لان الثوب لم يثبت دينا الا مسلما فيه والشاة لا تثبت دينا في الذمة مطلقا سوى صحيحا فلهذا كان
البيان اليه وروى ابن سماعة عن ابي يوسف في قوله مائة وثوب ان الكل من الثياب وكذا مائة وشاة ووجهه
ان الثياب والغنم يقسم قسمة واحدة بخلاف العبد فانه لا يقسم قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة يتحقق
في اعدادها المجانسة فيمكن ان يجعل المفسر تفسيرا للمبهم قوله اذا قال مائة وثوبان اي جمع في بيان المائة
الى المفسر قوله لما بينا وهو قوله اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يثبت دينا قوله فانصرف البيان
الى العدد بين المبهمين اعني مائة وثلثة قوله والقوصرة بالتشديد والتخفيف وعاء التمر يتخذ من قصب
قوله فيكون اقرارا بغصب المنزوع بناء على ان لا ابتداء للخاتم فيكون اقرارا بابتداء المخصص من
القوصرة قوله ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص اخره اعلم انه اذا اقر الرجل ان هذه الدار لفلان
او هذه الارض لفلان فيها اشجار ونخل واقر ان هذا الخاتم لفلان وبه فص ثم ان المقر اقام بينة بعد ذلك ان
البناء والنخل والشجر له لم يصدق ولم يقبل بينته واما اذا قال هذا الخاتم لي وفصه لك او قال هذا السيف لي وحليته
لك او هذه الجبة لي وبطانته لك وقال المقر له الكل لي فالقول ما اقر به المقر ثم بعد ذلك ينظر ان لم يكن في نزع المقر به ضرر
للمقر يؤمر المقر بالمنزوع والدفع الى المقر له وان كان في النزع ضرر يؤمر المقر يعطيه قيمة ما اقر به كذا في الذخيرة
قوله والنصل حديد السيف والجفن الغمد والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف قوله
الحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهي الخشب كالابدان جمع بدن قوله
وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه وكذا اذا قال غصبت ثوبا في ثوب اي لو قال ثوب في عشرة اثواب الاصل
في هذا ان من قال غصبت كذا في كذا فان كان الثاني مما يكون وعاء للاول وظرفا له لزماه نحو ثوب في منديل وثوب
في ثوب وطعام في جوالق او سفينة ونحو ذلك لان حقيقة الظرف احترز عن الفعل فيه وهو مظروف في الفعل
في المظروف فيتعلق الظرف وهذا لانه اخبار بتعلق فعل المظروف ولا يتصور حال كونه مظروفا الا بتعلق ظرفه
فصار اقرارا بغصبهما ضرورة وان كان الثاني مما لا يكون ظرفا ووعاء للاول كقولك غصبت درهما في درهم
لم يلزمه الثاني لان الدرهم لا يصلح ظرفا للدرهم فكان المراد به الضرب الدرهم في الدرهم ضربا فيكون واحدا
وان الثاني مما يحتمل ان يكون ظرفا وان لا يكون ظرفا يحمل على الظرف عند محمد رح لانه حقيقة للظرف ومتى امكن
حمله على الحقيقة يحمل عليها كما في قوله غصبت ثوبا في عشرة اثواب فانه يلزمه عند محمد احد عشر ثوبا لان
العشرة قد يكون وعاء للثوب الواحد لانه قد يصان الثوب النفيس في عشرة من الثياب فصار كقوله حنطة في
جوالق وعند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة لم يلزمه الا ثوب لان الثوب الواحد لا يصان في عشرة اثواب عادة
فصار بيانا ان محل المغصوب عشرة اثواب كما لو قال غصبت اكافا على حمار فانه اقرار بغصب الاكاف فقط
وذكر الحمار لبيان المحل وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل ولان العشرة لا يكون وعاء اذ الوعاء
غير الموعى والثوب اذا لف في ثياب فكل ثوب يكون موعى في حق ما وراءه فيكون الوعاء الثوب الذي هو ظاهر

فيحقق كون الحسنة وعاء للثوب الواحد **قوله** لفلان علي خمسة الى الى قال لزمه خمسة ولو قال علي عشرة في عشرة فحمله عشرة عندنا وقال زفر رح عليه عشرون وقال الحسن بن زياد عليه مائة درهم بناء على ان العشرة في العشرة عند اهل الحساب مائة فاقراره بهذا اللفظ محمول على ما هو معلوم عند اهل الحساب ولكنا نقول الحساب المضروب في الممسوحات لا في الموزونات مع ان عمل الضرب يكثر الاجزاء لا في زيادة المال وعشرة دراهم وزنا وان كثر اجزاؤها لا تصير اكثر من عشرة وزفر رح جعل في بمعنى مع قال تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي بحمل على هذا لتصحيح الكلام ولكنا نقول حقيقة حرف في للظرف والدراهم لا تكون ظرفا للدراهم واستعمال في للظرف مجاز والمجاز قد يكون بمعنى حرف مع وقد يكون بمعنى حرف على قال تعالى لاصلبنكم في جذوع النخل اي على جذوع النخل ليس احدهما اولى من الاخر فبقي المعتبر حقيقة كلامه فلزمه عشرة كما لو كلامه وما ذكر في الجامع الصغير **قوله** له على من درهم الى عشرة الى ان قال وقال زفر يلزمه ثمانية ولا يدخل الخامس والقياس ما قاله زفر رح فانه جعل الدراهم الاول والاخر حدا ولا يدخل الحد في المحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الاقرار فكذلك هنا وقال ابو يوسف ومحمد قالا هذا هو كذلك في حد هو قائم بنفسه كما في المحسوسات واما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لانه انما يتحقق كونه حدا اذا كان واجبا فاما ما ليس بواجب فلا يصير حدا لما هو واجب وابو حنيفة يقول الاصل ما قاله زفر رح ان الحد غير المحدود وما لا يقوم بنفسه حد كرا وان لم يكن واجبا الا ان الغاية الاولى لا بد منها من ادخالها لان الدرهم الثاني والثالث واجب لا يتحقق الثاني بدون الاول لان الكلام يستدعي ابتداء فاذا اخرجنا الاول من ان يكون واجبا خرج الثاني من ان يكون واجبا فالثالث والرابع هكذا بعده فلا جل هذه الضرورة ادخلنا فيه الغاية الاولى ولا ضرورة في ادخال الغاية الثانية فاخذنا فيها بالقياس

فصل لما فرغ من المسائل صورة ومعنى اتى بفصل على حدة الا انه الحق مسألة الحمار بها اتباعا للمبسوط

قوله ومن قال لحمل فلانة الى اخره قال او بحمل او بحمل او بين سباما الحاصل الاقرار والاول اعلم انه اذا اقر بحمل امة او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه بناء على ان له وجها صحيحا بان اوصى به لرجل ومات فاقر وارثه بان هذا الحمل لفلان واذا اقر بحمل فلانة بالف درهم فهذا على بيانه او جهاد احدها ان بين سببا صالحا بان اوصى له فلان ومات ابوه فورثه فاستهلكته فهذا الاقرار صحيح ولزمه المال لانه بين سببا صالحا لو عاينا بحكم بوجوب المال عليه فكذا اذا ثبت باقراره اذ الاقرار صدر من اهل للاهل لان الجنين اهل لملك المال بالوصية والارث ثم ان جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه بان جاءت به لاقل من ستة اشهر قد مات المورث الموصي من وقت صحته لاكثر من ستة اشهر لم يستحق الا ان يكون المرأة معتدة فحينئذ اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين مات المورث والموصي فان لا لانه يصير المال مردودا على ورثة الموصي والمورث لانه اقرار في الحقيقة للمورث والموصي اذا لم يكن له مقام

سعاه على ملك الميت ما لم يصرف الى وارثه او الى من اوصى له به **قوله** ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما فان كان احدهما ذكرا والاخر انثى ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث يقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وان ابهم بين سببا مستحيلا بان يقول اقرضني الف درهم او باع مني شيئا بالف درهم فهذا الاقرار باطل اذ المبايعة او الاقراض لا يتصور من الجنين اما حقيقة وظاهرا اما حكما فلانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يصير تصرفه فان قلت هذا رجوع عن الاقرار وانه لا يجوز وان كان موصولا قلت لا هو بيان سبب محتمل لا رجوع فيقبل منه وان ابهم الاقرار فانه لم يصح عند ابي يوسف ومحمد رح لان هذا اقرار صدر من اهله وقد احتمل الصحة لو حمل على الارث او الوصية والفساد لو حمل على الاقراض او المبايعة فيحمل على السبب الصالح تصحيحا للكلام العاقل واعمالا للاقرار الذي هو حجة ولابي يوسف ان هذا اقرار احتمل الجواز والفساد وقد تعذر حمله على الجواز فيحكم بالفساد وهذا لان للجواز وجهين الوصية والارث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بان يعين سببا اولى من الاخر فتعذر الحمل على الجواز فتعين الفساد كما لو اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه من البائع مع عبد اخر بالف وخمسمائة ومثمنهما سواء فان البيع يفسد في الذي اشتراه من البائع وان احتمل الجواز لان للجواز ان يصرف الى مثل الثمن الاول والاكثر والجمع بينهما متعذر ولا رجحان لاحدهما على الاخر فحكمنا بالفساد ضرورة بخلاف ما لو اقر بحمل لان طريق التصحيح متعين بالوصية **قوله** ومن اقر بشرط الخيار اي اذا اقر رجل لرجل بدين على انه بالخيار ثلثة ايام فالاقرار جائز لوجود الصيغة الملزمة ويبطل الخيار لان الاقرار اخبار ولا مدخل للخيار في الاخبار اذ الخبر لو كان صدقا فهو واجب العمل به اختار او لم يختر وان كان كذبا فهو واجب الرد فلا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تاثير اشتراط الخيار في العقود ليتخير بين فسخه وامضائه

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر حكم ما اوجب موجب الاقرار بكماله ذكر في هذا الباب حكم ما يتغير به موجب الاقرار بالاستثناء لما ان التغير ابدا انما يكون بعد عدم التغير **قوله** ومن استثنى متصلا باقراره اعلم ان الاستثناء مفصولا لا يصح الا على قول ابن عباس رض فان عنده يصح استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله لكنا نقول الاستثناء مغير لصدر الكلام فيصح موصولا لا مفصولا كالتعليق بالشرط وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار فانه لا يصح موصولا كان وان كان موصولا لان رجوعه بقي لما اثبته وكان ناقضا والناقض لا يصح موصولا كان او مفصولا اما الاستثناء فبيان فيصح موصولا فقط اما الحديث قوله بعد سنة ان شاء الله لم يكن على وجه الاستثناء بل وجه الامتثال لما امر به في قوله واذكر ربك اذا نسيت **قوله** سواء استثنى الاقل او الاكثر الا على قول الفراء فانه لا يجوز استثناء الاكثر مما تكلم لان العرب لم تتكلم بذلك ولكنا نجوز استدلالا بقوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا ولان طريق صحة الاستثناء ان يجعل عبارة عما وراءه ولا فرق بين الاستثناء في هذا بين الاقل والاكثر وما لم يتكلم به العرب لا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم **قوله** لمجرد الاستثناء استخراج بعض ما لولاه لدخل في صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور في خلاف الجنس **قوله** وللشافعي رح اعلم ان الكلام معه بناء

على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء وعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة اي انما ثبت سوى الحكم
في المستثنى لدليل معارض كدليل الخصوص في العام فتقدير قوله لفلان علي عشرة الا درهما فانه ليس علي في حق درهم
لزوم الدرهم للدليل المعارض اول كلامه لانه يتصرف بالاستثناء كانه لم يتكلم به لان اهل اللغة اطبقوا ان الاستثناء
من النفي اثبات ومن الاثبات نفي هذا اجماع منهم ان للاستثناء حكما يعارض به حكم الصدر ولان كلمة الشهادة
كلمة توحيد بالاتفاق ولو لم يكن للاستثناء حكم يضاد حكم الصدر لكان هذا نفيا للشركة لا توحيدا فاذا ثبت هذا
فقال العمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد امكن هنا [illegible] المالية بعد ما قاله اصحابنا
ان الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالمتكلم بما وراء المستثنى ويخرج كلامه في القدر المستثنى
من ان يكون ايجابا بقوله تعالى فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا وامتناع الحكم لقيام الدليل المعارض
يكون في الايجاب لا في الاخبار وقد قال اهل اللغة قاطبة ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا صحيح من القولين
ويقول انه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه واثبات ونفي باشارته واختص الاثبات في كلمة التوحيد اشارة والنفي
قصدا لانه المقصود اذ الكفار يقرون به الا انهم يشركون معه غيره قال تعالى وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ
وَالْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ فاذا ثبت هذا الاصل فنقول انما يصح استثناء الثوب ونحوه اذا تناوله صدر
الكلام ولم يكن الصدر متناولا للثوب فلم يكن استثناء بل كلاما مبتدأ لبيان انه ليس عليه شيء من الثوب وعدم
وجوب الثوب عليه لا ينافي وجوب الالف والقياس كذلك فيما اذا استثنى مكيلا او موزونا او معدودا من خلاف
جنسه لان الصدر لم يتناوله ولكن ابا حنيفة وابا يوسف استحسنا وقالا الاصل في كلام العاقل الصحة
ما امكن ولهذا يصح بطريق المجاز والاضمار وغيرهما وقد امكن هنا بان يجعل الدينار عبارة عن ماليته وفي
الدراهم ما يعادل الدينار مالية وكانه قال لفلان الف درهم الا قيمة الدينار وقيمة القفيز وفي الثوب لا يمكن
لان مالية الثوب مجهولة جهالة فاحشة فلا يمكن استثناء قيمة الثوب من الالف فلا يمكن تصحيحه وهذا
لان المقدرات جنس واحد معنى وان كانت اجناسا صورة لانها تثبت في الذمة ثمنا اما الدينار فظاهر
وكذا غيره لان الكيلي والوزني يصح باعيانهما ثمنا وباوصافهما حتى لو عينا يتعلق العقد باعيانهما ولو وصفا
ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدينار ولهذا يستوي الجيد والردي فيهما وكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس
واحد معنى والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة لانه تكلم بالالف العددية التي
تتفاوت كالمقدرات في ذلك الا ان الثوب ليس من جنس المقدرات بمعنى انه لا يصلح ثمنا فلم
يكن استثناؤه استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا وهذا معنى قوله وما يكون ثمنا يصلح مقدرا الى
آخره فان قيل ليس ثبتت المماثلة من حيث الجنسية فقد ثبتت من حيث المالية فلم لا يصلح الاستخراج
باعتبارها قلت الا ثمان مقدرة بالمالية والاستثناء لانها مقدرة فصلح ان يكون مقدرة للدراهم المستثناة
فكانت كالمقدر [illegible] المقدر لذلك المقدر على المقدر فكان استثناء الدرهم من الدراهم معنى وما لا يصلح ثمنا

لا يكون من المقدرات فلا يصلح مقدرا للدراهم المستثناة لا مقدار المقدر الى كونه مقدرا فبقي المستثنى من
الدراهم مجهولا فلا يصلح الاستثناء لانه استخراج معنى واذا لم يصح الاستخراج معنى بطل قوله ومن
اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا ما اقر به بطل الاستثناء بمشية الله اما ابطال او تعليق اعلم انا رددنا بين هذين
اللفظين بناء على ان للاستثناء بمشية الله مذهبين احدهما انه لابطال الكلام فيبطل الكلام تقدم او تاخر والاخر
انه تعليق بالشرط والتعليق بمشية الله تعالى صحيح في المنع من الوقوع كذا ذكره الامام السرخسي ذكر الامام
قاضي خان اختلف ابو يوسف ومحمد في هذه المسألة فقال ابو يوسف التعليق بمشية الله ابطال وقال محمد تعليق
لا يوقف عليه وانما يظهر ثمرة الاختلاف فيما اذا قدم المشية فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف لا يقع
الطلاق لانه ابطال قال محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط
فوقع قوله لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط والدليل على هذا ما لو قال لفلان علي الف درهم ان شاء فلان
فقال فلان قد شئت فهذا الاقرار باطل لانه علقه بشرط في وجوده خطر والاقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لان التعليق
بما هو خطر يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط
وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط ولا يتعلق المتعلق به اصلا وانما التعليق فيما هو ايجاب ليس تعليق
انه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكذا قوله ان دخلت الدار او مطرت السماء او ان هبت الريح او ان قضى الله او اراده
او رضيه او احبه او قدره او يسره او ان بشرت بذلك او ان اصبت مالا او ان كان حقا فهذا كله مبطل للاقرار اذا وصل
بالكلام للمعنى الذي ذكرنا قوله لفلان علي مائة درهم اذا مت فهو عليه مات او عاش لان هذا ليس باستثناء
ولا تعليق بخطر لان موته كائن لا محالة ومراده ان يشهدهم على المال المقر به حتى لا يتوى حقه من تهمته به بان يشهدوا
به عليه بعد موته اذا جحد الوارث واشهد من قضائه فكان اجمالا الى تاكيد اقراره قوله لفلان علي مائة درهم
اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس او الى الاضحى لان هذا ليس بتعليق بل هو دعوى بالاجل الى الوقت المذكور
فان الوقت الذي ذكره آت لا محالة فكان بالاقرار صحيحا ودعوى الاجل غير مقبول الا ان يقيم البينة او يصدق
المقر له قوله لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا اي البناء داخل في لفظ الاقرار بالدار تبعا
لا مقصودا اما اللفظ والدليل على هذا انه لو استحق فان البناء في بيع الدار يدخل تحت البيع تبعا حتى لو استحق
البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يخير المشتري بخلاف ما اذا قال الا ثلثها والا بيتا منها
حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا الثلث للدار او ما عدا البيت لان البيت في لفظ الدار دخل مقصودا
حتى لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصته من الثمن كذا في الذخيرة قوله والفص في الخاتم والنخلة
في البستان نظير البناء في الدار لانهما يدخلان في البستان والخاتم تبعا لا لفظا فلا يصح استثناؤهما قوله
هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة الخالية عن البناء والسقف فكانه قال بياض
هذه الارض دون البناء لفلان قوله بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا بان قال بناء هذه الدار وارضها

لفلان كانت الارض والبناء لفلان اذ الاقرار بالارض اقرار بالبناء تبعا كالاقرار بالدار اعلم ان من هذا الجنس
مسائل تخرجها على اصلين احدهما ان الدعوى قبل الاقرار لا تمنع صحة الاقرار بعده والدعوى بعد الاقرار
فيما دخل تحت ذلك الاقرار لا تصح والثاني ان اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفنا هذا فنقول معرض ثم
اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان انما كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله
الارض لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا للاقرار بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح واذا قال ارضها لي وبناؤها
لفلان فهو على ما اقر المقر لان بقوله ارضها لفلان ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله وبناؤها لفلان اقر بالبناء لفلان
والاقرار بعد الدعوى صحيح ويومر المقر له بنقل البناء من ارضه واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لي
فالارض والبناء للمقر له لان بقوله ارضها لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله وبناؤها لي ادعى البناء لنفسه والدعوى
بعد الاقرار فيما تناوله الاقرار لا تصح فاذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض والبناء
كلاهما للمقر له اولا لان بقوله ارض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض وبقوله وبناؤها لفلان
آخر صار مقرا على الاول بالاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وارضها لفلان آخر فهو كما اقر به المقر
لان بقوله اولا بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وارضها لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء للثاني
واقرار الانسان على غيره باطل **قوله** لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا انه استوفى منه هذا
العبد في يده كان عليه الالف كذا ههنا **قوله** وانما يتحالفان هذا وقبضه وان الالف عليه فانه يلزمه الالف ثم
لانهما اختلفا في الجهة التي بها وجب الالف والمقر له اقر بالوجوب بما الطالب فانه ادعى وجوب الف درهم بسبب
بيع عبد آخر اشتراه منه وقبضه واقر بالوجوب بدلا عن هذا العبد وقد سلم له هذا العبد فقد تصادقا على الوجوب
وفي مثل هذا يقضي بالالف درهم كما لو اقر فقال لفلان علي الف درهم غصب فقال فلان قرض لا تفاوت في هذا
بين ان يكون العبد الذي ادعى المقر انه اشتراه في يد المقر او في يد المقر له **قوله** والعبد قال العبد عبدك
ما بعتك وفي هذا ايضا لا تفاوت ان يكون العبد المدعى في يد المقر او في يد المقر له فانه اذا كان في يد المقر باحد
العبد منه فلا يلزم على المقر شيء من ثمن العبد لانهما لم يتصادقا على الوجوب فان المقر انما اقر بالالف بدلا عن هذا العبد
فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله **قوله** ولو قال مع ذلك اي مع انكار العبد المقر له يدعي لزوم المال ببيع
عبد آخر واذا اختلفا بطل اي بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن في يده **قوله** وان قال من ثمن عبيد لم يعينه لزمه الالف
ولم يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع عما اقر به والرجوع عن الاقرار باطل موصولا
او مفصولا وهذا لانه اقر بوجوب المال عليه نظرا الى قوله علي اذ هو للالزام وانكاره القبض في غير المعين
ينافي الوجوب اصلا لان عبدا غير معين لا يكون في احياء على المشتري الا بعد القبض لانه لا يكون معينا فهو في حكم
المستهلك لانه طريق للوصول اليه فانه ما من عبد يحضره الا وللمشتري ان يقول المبيع غير هذا ولم يسلم الى البائع
الا باحضار المبيع فعلم انه في حكم المستهلك فكانه اقر بالقبض ثم رجع عنه **قوله** معارضه بان اشترى لحد هو ان

عبد بن علي انه بالخيار **قوله** وان اقر انه باعه متاعا اي صدق المقر له المقر في الجهة حيث قال بانه باعه متاعا
فما هو اقرار المقر لكن كذبه في انكاره قبض المبيع فالقول قول المقر سواء وصل ام فصل عندهما اعلم انهما ذهبا
في ذلك الى ان قوله الا اني لم اقبضه بيني صدقه المقر له في الجهة بيان مغير فيصدق وصل ام فصل قياسا على ما لو قال
لك علي الف درهم من ثمن هذا المتاع الذي في يدك الا اني لم اقبضه فانه يصدق وصل ام فصل وانما قلنا انه بيان
محتمل لان البيع يعتمد تصادقهما وهي اصل الغصب محتملا لانه لم يعرض للقبض نصا وهو ظاهر ولا مقتضى لانه
لو جعل مقرا بالقبض ايضا اما ان جعل مقتضى اقراره بالبيع ولا وجه اليه لان البيع صحيح مفيد لحكمه من غير
قبض واما ان جعل مقتضى اقراره بوجوب الالف ولا وجه اليه لان الالف يجب في ذمة المشتري بنفس العقد
من غير قبض فلما لم يكن فيه نصا مقتضى امر القبض محتملا معتبرا الى البيان فيصدق في بيان المحتمل وصل ام فصل **قوله**
فان وافقه الطالب في السبب اي صدق المقر له المقر في الجهة وهي البيع **قوله** وهذا لان ما كان الوجوب اي بوجود
وجود السبب وهو البيع لان تأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع على طريق الزوال
لانه عسى ان يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري ثم المدعي فهو المقر له يدعي الثمن قبل المعقود وهو
منكر كان القول قول المنكر مع اليمين **قوله** بالاجماع لانه لم يقر على نفسه بالوجوب لاصالة لانه لم يقل
لفلان علي والمقتضي اقراره بالشركة اذ ليس من ضرورة الشركة وجوب الثمن على المشتري فان الشركة خالص
شرط الخيار للمشتري لا يجب الثمن عليه وتأخير المطالبة انما يتصور بعد الثبوت اما فيما تقدم فقد اقر بالوجوب
وادعى تأخير المطالبة فلا يكون القول قوله **قوله** وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه
اراد به الابطال دون التحقيق اذ الكلام يتم باخره فصار كما لو قال في اخر كلامه ان شاء الله قلت هذا
ابطال والابطال لا يكون بيانا فلم يصح وان كان موصولا وقوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق
بالشرط من باب التغيير فيصح موصولا **قوله** كالشرط والاستثناء وهذا لان الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل
الاستيفاء في الصرف والسلم الا ان مطلق الدراهم يتناول الجياد لان بياعات الناس يكون بالجياد فكان مغيرا
للاصل فلذلك شرط الوصل والستوقة يسمى دراهم فكان مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان تغيير
فيصح وصار كما لو قال الا انها وزن خمسة او ستة وبعد بلده وزن سبعة صدق ان وصل وله ان هذا رجوع
عما اقر به ودعوى امر عارض فلا يصدق وان وصل كقوله علي الف درهم من بيع الى شهر فان دعوى الاجل
لا يقبل منه وهذا لان الدراهم المطلقة جياد والزيافة عيب في الدراهم ومطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب
فاذا ادعى انها زيوف فقد اراد ابطال ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق وان وصل كما لو ادعى البائع ان المبيع معيب
وقد كان المشتري عالما به له ان يقبل **قوله** في ذلك اذا انكره المشتري والستوقة ليست بثمن وهو اقر بالثمن
فكان رجوعا بخلاف قوله الا انها وزن خمسة لانه ليس ببيان للجنس بل هو استثناء بعض المقدار لان اول كلامه
يتناول القدر واستثناء الملفوظ صحيح بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يصح كالبناء في الدار لان الصفة

لىست بمتناوله اسم الدراهم حتى يستثنى وانما هي صفة الجودة بمقتضى مطلق العقد قوله لان الرداة نوع لا عيب اذ العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة والبرية يكون ردىا في اصل الخلقة نوعا وليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع فلم يكن في هذا تغيير موجب كلامه فيصح موصولا ومفصولا قوله اذا الغرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون ردىا كما في الغصب اي القرض يتم بالقبض كالغصب قوله ووجه الظاهر ان الاستقراض يتعامل بين الناس كالبيع وذلك يكون في الجياد عادة فانصرف مطلق العقد اليها قوله على الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق اجماعا اذا وصل لان صفة الجودة انما تصير مستحقة بمقتضى عقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه جهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة عليه قوله وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى الالتزام بطريق التجارة لكونها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار كما اذا بين سبب التجارة ثم ادعى الرداءة وعند زفر رح يبطل اقراره اذا قال الف جياد لانه رد اقراره بالزيوف بطل او ادعى عليه الجياد وهو ينكر ولنا انهما تصادقا على الاصل فيقبل قوله فلا يعتقد في الجياد ولم يكن قوله ما بين زيوف تغيير اول كلامه بل بيان النوع فيصح موصولا او مفصولا ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له بناء على ان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض ضمينا كان او امينا وعن ابي يوسف انه اذا قال غصبت الف درهم ثم قال هو زيوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض بناء على ان المستقرض والمغصوب مضمونان بالقبض قوله وان قال في هذا كله الفا الا انه ينقص كذا فانه اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني فلان الف درهم او قال اودعني او قال غصبت الف درهم ثم قال الا انه ينقص كذا صدق ان وصل والا لا لانه استثناء المقدار فيصح موصولا بخلاف الزيافة لانه وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف والاستثناء تصرف لفظي فيصح في الملفوظ لا في غيره وان كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لانه لا يمكن الاحتراز عنه قوله ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة وقال صاحب المال اخذتها غصبا ضمن المقر لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ اذ اخذ مال الغير سبب الضمان لقوله صلعم على اليد ما اخذت حتى ترد ثم ادعى ما يوجب البراءة عنه والاذن بالاخذ والاخر ينكر فكان القول له مع يمينه ووجب الضمان على المقر باقراره الا ان ينكل الخصم عن اليمين قوله وان قال اعطيتنها يعني قال اعطيتني الف درهم وديعة فهلكت وقال صاحب المال بل اخذتها غصبا لم يضمن المقر لانه ما اقر بسبب الضمان بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون سبب الضمان على المقر الا انه يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول للمنكر مع اليمين الا ان ينكل المقر عن اليمين فحينئذ يلزمه المال قوله اجرت دابتي هذه فلانا الى قوله فالقول قول الذي اخذ منه الدابة كله اذا لم يكن الدابة او الثوب معروفا للمقر له اما لو كان الثوب معروفا انه للمقر له والدابة او الدار فقال اعرته فلانا وقبضته فكان القول قول المقر له لان الملك فيه معروف للمقر فلا يكون مجرد اليد للغير سبب الاستحقاق

عليه كذا في المبسوط قوله وعلى هذا الاختلاف في الصحيح احترازا عن قول بعضهم فانهم قالوا ان القول قول المقر بالاجماع فيكون ذلك لبيان ان هذا حسن ولكن مشايخنا قالوا هو على الخلاف ايضا قوله وجه القياس ما بيناه في الوديعة وهو قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكره قوله فيكون القول قوله في كيفيته لانه اقر بما في يده بانها كانت اليد لغيره فيقبل قول المقر ان اليد له كانت من قبله كما لو كان في يده عبد فقال هذا عبدي نحته من فلان ولم اسلم اليه بعد فقال المقر له بل كان عبدي اشتريته منك ان القول قول المقر دون المقر له لهذا المعنى لان المقر اقر له بالملك من جهة نفسه فاذا ادعى له الملك من جهة اخرى لا يقبل قوله قوله ولا كذلك مسئلة الوديعة من غير صنعه كاللقطة امانة ووديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت به الريح والقته في دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفعها اليه صاحبه وكذا المودع اذا مات تصير الوديعة في يد ورثته وديعة وان لم يدفعها اليه صاحبها فيثبت ان الاقرار بالوديعة لا يدل على اثبات اليد من قبله قوله وليس مدار الفرق على الاخذ يعني ليس مدار الفرق بين الوديعة والاجارة والاعارة والاسكان على ذكر الاخذ في الوديعة وعدمه في تلك المسائل على ما هو موضوع الكتاب لانه ذكر الاخذ في وضع هذه المسائل في كتاب الاقرار من المبسوط بل كان مداره على ما ذكر ان اليد في باب الاجارة والاعارة لتمليك المنفعة وانما يتمكن المستاجر والمستعير من الانتفاع باليد لعدم تصور الانتفاع بدون اليد فكان ثبوت اليد ضروريا وثبت بطريق الضرورة فيتقدر بقدرها فيكون عدما فيما وراءها وهو استحقاق اليد بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة اذ لاحظ للمودع الا اليد فكان الاقرار بالوديعة اقرارا باليد مطلقا ووجه اخر ان الاجارة والاعارة والاسكان اثبات اليد من جهته فيكون القول في كيفيته بملك اليد فيقول حرا بينهما ولا كذلك مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة عنده وقد يكون من غير صنع منه كما مر الا انه حتى لو قال اودعتها كان على الخلاف ووجه اخر وهو ان في الاجارة والاعارة لو اخذ الموجر والمعير باقرارهما لسبح الناس عن الاجارة والاعارة ولا يؤاخذ باقرارهما استحسانا كيلا ينقطع الاجارة والاعارة اما الوديعة فمنفعة الايداع يعود الى المالك وما قراره لا ينقطع الايداع وهذا السبح المتن حاصل من هذا كله ان جنس هذه المسائل على ثلثة انواع ففي نوع منها كان القول للمقر له بالاجماع وهو مسئلة الوديعة والاقراض وامثالهما وفي نوع منها كان القول للمقر بالاجماع وهو مسئلة بيع الحمد وزرع هذه الارض وبناء هذه الدار وخياطة الثوب ان ذكر القميص منه واشباهها وفي نوع منها اختلفوا فيه فعند ابي حنيفة القول للمقر كما في النوع الثاني وعندهما القول للمقر له كما في النوع الاول وهي مسئلة الاجارة والاسكان والاعارة ونظايرها

باب اقرار المريض

لما فرغ من بيان احكام اقرار الصحيح وهو الاصل شرع في بيان احكام اقرار المريض وهو العارض والفرع لان المرض بعد الصحة وافرده بباب على حدة لاختصاصه باحكام قوله والديون المعروفة الاسباب يتقدم صورته رجل استقرض مالا في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال اليه او اشترى المريض شيئا وعاين الشهود قبض المبيع او استاجر

مثلا بمعاينة الشهود او تزوج امراة بمهر مثلها وعاين الشهود النكاح وعليه ديون الصحة فان هذه الديون
تساوي ديون الصحة فيحاصصون بماله لانه سابق على تعلق حق اصحاب هذه الديون وانما كان كذلك لان حق الغرماء متعلق
بمعنى الاموال وهو المالية لا باعيانها ولئن كان يخرج بعض امواله الى هذه الوجوه فقد دخل مثلها في المالية في ملكه
فلا يبطل حق غرماء الصحة وفي بعض هذه التصرفات وان كان ابطال حق غرماء الصحة وهو النكاح والاستيجار
الا ان ذلك من حوائجه الاصلية وحاجته الاصلية مقدمة على حق غرماء الصحة كذا في الذخيرة فان قلت لو تزوج
وهو لا يحتاج بان كان شيخا كبيرا او تزوج آيسة لا تولد قلت النكاح في الوضع من الحوائج الاصلية والعبرة
لاصل الوضع لا للحال قوله ولنا ان الاقرار الصادر عن عقل ودين انما يعتبر لهذين الوصفين لان العقل والدين
هما اللذان يمنعان المرء عن الكذب في اخباره والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته فلا يتهم في اقراره لوجود
هذين الوصفين في المقر وفي هذا لا يتفاوت بين ان يكون المقر صحيحا او مريضا بل المرض يزداد رجحان جانب
الصدق لان المرض حالة التوبة والانابة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار
المريض ذلك لان المريض محجور عن الاقرار بالدين بسبب دين الصحة فكان في تصحيحه ابطال حق دين الصحة
ولا يعتد بذلك كما لو رهن ماله او اجره ثم اقر به لغيره فانه لا ينفذ في حق المرتهن والمستاجر ونقول ان احد الاقرارين
وجد في حالة الاطلاق والاخر في حالة الحجر فيقدم ما وجد في حالة الاطلاق على ما وجد في حالة الحجر وانما قلنا بانه
محجور لان بسبب المرض يلحقه الحجر لتعلق حق الغرماء والورثة بماله حتى لا تجوز تبرعه بشيء اذا كان الدين محيطا وفيما
زاد على الثلث اذا لم يكن عليه دين لتعلق حق الورثة بماله قوله فان قلت ينبغي ان لا يصح اقراره في حالة الصحة
لو كان عليه دين لما مر ان الدين يتعلق به قلت لم يتعلق الدين في حالة الصحة بالمال لقدرته على الاكتساب
فيتحقق التثمير فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله والمريض عاجز عن الاكتساب فيتعلق ما في يده لحق الغرماء
ولانه في حال الصحة يحتاج الى التصرفات بخلاف حالة المرض فيتوفر التعلق ثم فيفضي الى الحرج ولا كذلك ههنا
ولانه حالة تظهر فيها امارات الموت فيثبت فالحقه بحالة الموت فيتعلق حق الغرماء بماله كما في حالة الموت حقيقة ولا
يلزم انه اذا اقر المريض بدين ثم بدين فانهما استويا والحجر لا يثبت بالاول عن الثاني لان الحجر انما يثبت عند الموت
ثم يستند الى اول المرض فيصيران جميعا بعد الحجر فاستويا كانهما وجدا في حالة واحدة ولان الكل حالة الحجر والعلة
لا يكون في الحالة الواحدة واذا استوى اقراران فيستوي بين موجبهما بخلاف حالة الصحة والمرض لان حالة
الصحة حالة الاطلاق وحالة المرض حالة الحجر فلم يستويا فلا يستوي بين موجبهما قوله ولو اقر بعين في يده اي
لو اقر المريض بعين في يده لآخر وعليه دين الصحة لم يصح في حق غرماء الصحة لان حقهم يتعلق به فكان اقرارا
مبطلا لذلك فلا يصح قوله الا اذا قضى ما استقرض يعني لو استقرض في مرضه الفا وقبضه او اشترى
شيئا بمثل قيمته ثم قضى القرض او نقد ثمن ما اشترى فان ذلك يجوز على غرماء الصحة اذا علم بالبينة لان هذا
ليس بايثار ولا ابطال لحق الباقين لانه حصل له مثل ما نقد وحق الغرماء متعلق بمعنى التركة لا بالصورة فاذا

حصل له مثله بمعنى لم يعد ذلك تفويتا قوله وكان المقر له اولى من الورثة لما ذكرنا ان الدين مقدم على الوصية بالنص
وقد قال عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض لاجنبي فانه جائز المتن تنبيه اعلم ان الدين على ثلث مراتب دين قوي وهو
ما يتعلق بمعنى التركة قبل الموت وذلك مثل دين العبد المأذون ودين العبد الجاني بالارش ودين به رهن فان هذه
الديون مقدم على سائر الديون ودين وسط وهو دين الصحة ودين المريض التي اسبابها معروفة ودين ضعيف
وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض والوسط مقدم على الضعيف ثم الدين الثابت بشهادة المسلمين مقدم
على الدين الثابت بشهادة النصرانيين قوله وقال الشافعي في احد قوليه يصح اعتبارا بحال الصحة وهذا
لان الاقرار اخبار عن حق لازم عليه وحال المرض ادل على الصدق لانه حال يتدارك الحقوق فلا يجوز ان يتهم
عن الاقرار به وصار كالاقرار بوارث اخر بان قال هذا الرجل اخي كان احد من يقر من اضرار بالوارث المعروف
وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث ولنا الحديث المذكور في المتن ولانه آثر بعض ورثته بشيء من ماله
بعد تعلق حق الكل بماله فيرد كما لو اوصى له بشيء من ماله وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور الموت
فيه والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانه يرى ماله عند انتقاله الى الآخرة فيظهر عند استغنائه حق ورثته ولهذا
منع عن التبرع على ورثته اصلا فلو لم يظهر تعلق حق الغير به لما حجر عن التبرع بماله فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب
ابطال حق الباقين قوله بان المرض دليل على صدقه في اقراره قلنا في حق من يرجح امر دينه على هواه فاما في حق من يرجح
هواه على امر دينه فهذه الحالة حالة المبادرة الى ما كان يريده ويهواه مما قدم نفسه فيها فلما التبس من نفسه انه ممن يهوى
على ما هو المستحق بماله وعلى الحقيقة لا يتبين حال احدى الحالتين على الاخرى الا بالوحي وقد قال صلعم لا وصية لوارث الحديث
متعلقا التهمة بالسبب الداعي الى الوصية وصلة الناس بماله وهو مرض الموت قوله والعاشر لا يجوز الا في
الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث
فكذا اقراره وجب ان لا ينفذ الا فيه ولكنا تركنا القياس باثر ابن عمر رضي الله عنه فانه قال اذا اقر الرجل في مرضه بدين
لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله ولانه لما صح اقراره في الثلث لانتفاء التهمة عن اقراره في ذلك القدر
وهي في ذلك القدر ليس حكمه ما لم يصح في ثلث ما بقي لان الثلث بعد الدين ثم لا يزال يصح حتى يأتي اقراره على الكل
قوله ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني بطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها وعند زفر رح يبطل
هذا الاقرار ايضا للتهمة لنا انه اقر ليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده بخلاف مسئلة الاولى لان دعوة
النسب يستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان الاقرار فلا يصح اما الزوجية فيقتصر على زمان التزوج
فلا يظهر ان اقراره كان لزوجته وبخلاف ما لو وهب لها او اوصى لها بوصية ثم تزوجها فانها تبطل لان ذلك تمليك
بعد الموت وهي وارثه حينئذ اعلم ان حاصل جنس هذه المسائل على خمسة اوجه اما اذا كان المقر له وارثا للمقر
بطريق الاستمرار من وقت الاقرار الى وقت الموت ولم يكن بطريق الاستمرار وكان وارثا وقت الاقرار دون الموت
او على العكس او كان وارثا وقت الاقرار والموت لا فيما بينهما اما في الوجه الاول يبطل الاقرار وفي الوجه الثاني

لا يبطل وصيتها طلاقها وأما الوجه الثالث وهو ما إذا كان وارثا وقت الإقرار دون الموت بأن أقر المريض لأخيه وله
ابن وكان ابنه كافرا أو رقيقا فأسلم وعتق فصار هو الوارث دون الأخ جاز إقراره لأن المانع من صحة الإقرار كونه
وارثا والوارثية إنما تثبت عند الموت فإذا لم يكن من ورثته عند الموت كان هو والأجانب سواء وأما عكسه فهو أن
لا يكون وارثا عند الإقرار ثم صار وارثا عند الموت بأن أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثا بطل
إقراره عندنا وقال زفر يجوز إقراره كما لو أقر لأجنبية ثم تزوجها ولنا أنه وارث بسبب كان قائما وقت الإقرار فيمنع
لأن إقراره حصل لوارثه لأن الحكم مضاف إلى سببه فإذا كان السبب قائما وقت الإقرار تبين أنه أقر لوارثه وهو باطل
بخلاف الأجنبية إذا تزوجها لأنها صارت من ورثته حادثة بعد الإقرار والحكم لا يسبق سببه فلا يستند إلى وقت الإقرار حتى لو
كان وارثا وأما الوجه الخامس فهو أن يكون وارثا في الوصية أعني وقت الإقرار ووقت الموت لا فيما بينهما بأن أقر
لامرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ثم مات أو كان وارثا بجهة فأقر بعدما مرض ثم فسخ الولاء ثم عقدا ثانيا ثم مات
من مرضه فالإقرار باطل في قول أبي يوسف وجائز في قول محمد وهو القياس لأنها ورثت بسبب حادث بعد الإقرار
فلا يؤثر ذلك في بطلان الإقرار كما لو أقر لها بعد انقضاء العدة ثم تزوجها ولأن العقد الثاني متجدد ومثله الأول
فلا أثر له في بطلان الإقرار وهو قياس ما إذا أقر في مرضه ثم صح ثم مرض ومات وجه قول أبي يوسف وهو الاستحسان
أن الإقرار حصل للوارث بسبب عند الموت فكان الإقرار باطلا كما لو لم يطلقها ولم يفسخا عقد الولاء وهذا لأن
للوارث ما لا يصح لمكان التهمة لإيثار فإذا كان سبب الوراثة موجودا وقت الإقرار كانت هذه التهمة متمكنة والعقد
المتجدد قائم مقام الأول بعد صفة الوراثة عند الإقرار لأن تهمة الإقرار غير معتبرة ثم يصح الإقرار مطلقا كذا
في المبسوط فصل قدم الإقرار بالمال لكثرته على الإقرار بالنسب لقلته قوله وحر أقر بغلام يولد مثله لمثله
إلى آخره اعلم أنه شرط أن لا يكون له نسب معروف وأن يولد مثله لمثله كما مر في المتن وأن يصدقه الغلام لأن المسألة في غلام
يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لأنه في يد نفسه وأما إذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فلا يحتاج تصديقه ولا يمنع المرض
من صحة هذه الدعوة لأن النسب من الحوائج الأصلية فصار كالنكاح بمهر المثل قوله والمولى اعلم أن المراد به مولى
العتاقة ومولى الملك وكلاهما محتمل ويجوز الإقرار بهما بشرائطهما أما الأول فهو أن يقر بأن هذا معتق قد أعتقني
أو معتقي قد أعتقته وهذا إنما يصح بثلث شرائط أن لا يكون المعتوق من الأصل وأن لا يكون له ولاء ثابت من الغير
وأن يصدقه وأما مولى الملك بأن يقر امرأة أنها أمة لفلان أو رجل أنه عبد فلان ولا يعرف حالهما في الحرية وليس لهما
مولى معروف وصدقه المقر له في ذلك يثبت الرق وكذا صبي وصبية يعقل ويتكلم أقر بالرق لغيره صح إقراره إذا صدقه
المقر له وكذا الجواب في اللقيط وهذا إذا لم يعرف حريته بنوع دليل أما إذا كان معروف الحرية بالإرث بالسهم أو قضاء
القاضي عليه بحكم من أحكام الأحرار في الجنايات أو عرف كونه معتوق الغير فالقاضي لا يصدقه في هذا الإقرار ولا يجعله مملوكا له
ولو أجاز المعتوق إقراره وصدقه جاز وظهر أنه لم يكن معتقا وإن كان لها أصالة ولو أسر عبدا يعبر عن نفسه ثم ذهب به
إلى منزله وهو ساكت فهذا إقرار منه بالرق لأن الأصل في المسائل أن كل تصرف يشترك فيه الحر والمملوك كالإجارة والنكاح

والخدمة فلا يستفاد منه لا يكون إقرارا بالرق لأنه وكل تصرف يختص جوازها بالملك ولا استحقاقا في المحل كالعرض بالبيع
فكذلك وإن استحقا في المحل كالبيع مع التسليم والرهن والدفع بالجناية والهبة فلا يستفاد منه إقرارا بالرق ولو باع
ولم يسلم وهو ساكت ففيه اختلاف المشايخ ولو قال أعتقني أو أعتقني أمس ولم أسأل أعتقني فهو إقرار منه بالرق قوله
لأن النسب منهما أي من الزوج ومن الأب فإن قيل أي معنى يثبت نسب الولد من أبيك دون أمك مع أن الولد ولد منهما
وما فائدة ثبوت نسبه من الأب دون الأم وما فائدة ثبوت النسب من الرجل والخمسة المذكورين دون من سواهم من الرجل
إذا أقر بأخ بعد موت أبيه يعامل به ما يعامل من ثبت نسبه حتى يشاركه في تركة أبيه على ما ذكر في المتن وكذا يجب عليه
نفقة الأخ على المقر له حال حياته ذكره في المحيط قلت أما الأول فإنما نسب الولد إلى الأب لقوله تعالى ادعوهم لآبائهم
وعلى المولود له رزقهن حيث أضاف الولد إلى الأب بلام التمليك لذلك اختص الأب بالنسب وعليه انعقد الإجماع
حيث أجمعوا على صحة خلافة أولاد الخلفاء ومن الإماء علم بهذا أن الولد منسوب إلى الأب لا إلى الأم وأما فائدة اختصاص
ثبوت النسب من الأب فهي صحة إقرار الأب بالابن ووجوب نفقة الولد على الأب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد
كما لا يشاركه أحد في نسبه وأما فائدة ثبوت النسب من هذه الأربعة والخمسة فهي ثبوته على طريق العموم لا على طريق
الخصوص أي لرجوع حقوق المقر له كما يلزم على المقر كذلك يلزم على غير المقر حتى إنه إذا أقر بأن فلانا ابن المقر له يرث من
المقر مع سائر ورثته وإن يجد سائر الورثة ذلك ويرث من أب المقر ومن جد المقر له وإن كان الجد يجحد بنوته لأبيه
وأما سوى الأربعة لما لم يصح إقرار المقر به ظهر أثره في موضعين أحدهما عدم اعتبار إقراره فيما يلزم غيره من
الحقوق حتى لو أقر بأخ وله ورثة سواه يجحدون أخوته فمات المقر لا يرث مع سائر ورثته ولا يرث من أب المقر وأمه
بخلاف من صح إقراره في حقه والثاني صحة رجوع المقر عما أقر في حق من سوى الأربعة وعدم صحته في حق الأربعة
فإن من أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح حتى إنه لو أوصى بماله كله لإنسان بعد الإقرار بأخ كان
ماله كله للموصى له لأن النسب لما لم يثبت كان إقراره بالأخ وقع باطلا فصح رجوعه عما أقر ولكن عند عدم المزاحم
يأخذ الأخ المقر له تركته لاعتبار صحة الإقرار بالنسب بل صار ذلك بمنزلة الموصى له بجميع المال وباعتبار أن إقراره
حجة في حق نفسه لا في حق غيره اعلم أن الإقرار بالمرأة يصح إذا صدقته المرأة إذا كانت خالية عن الزوج وعدته
وأن لا يكون تحته أختها ولا أربع سواها والإقرار بالمولى يصح إذا أراد به مولى العتاقة سواء أراد بالمولى
المعتق على صيغة اسم الفاعل أو المعتق على صيغة اسم المفعول فالإقرار بكل واحد منهما صحيح وهذا أيضا
إنما يصح إذا صدقه المقر له وأن لا يكون ولاؤه ثابتا من الغير لأن الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير
يمنع صحة الإقرار بالنسب فكذلك في الولاء قوله ذكر ما في إقرار المرأة مفصلا وهو أن إقرارها بالولد إنما يصح
إذا كانت المرأة ذات زوج وأما إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة فالولد يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على
نفسها دون غيرها اعلم أن شهادة القابلة إنما يشترط إذا ادعت المرأة نسبا والزوج منكرا أما إذا زعم أنه ابنه
منها وصدقها فهو ابنهما وإن لم تشهد القابلة بذلك قوله وكذا يصدق الزوج أي لو أقر الرجل بأن هذه المرأة زوجته

ثم مات وصدقته المرأة بعد موته جاز تصديقها بالاتفاق لان حكم النكاح وهو العدة واجبة بعد الموت فانها
اثر من آثار النكاح الا ترى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح ولم يكن له ان يغسلها بعد موتها فلذلك جاز
تصديقها لبقاء النكاح من وجه قوله وكذلك يصح تصديق الزوج بعد موتها ان اقرت المرأة بالزوج فصدقها
الرجل بعد موتها لم يجز في قول ابي حنيفة وقالا التصديق يجوز لان النكاح ينتهي بالموت والاشياء كالنسب على
السواء والمنتهي متقرر في نفسه فيصح التصديق بهذا لان التصديق قد وجد والاقرار قائم لان التكذيب
من المقر لم يوجد والمقر به وهو النكاح باق بعد موتها في حق الميراث لو ثبت النكاح معاينة فكذا اذا ثبت
باقرارها باق بعد موتها في حق الميراث ايضا فصح وحيث قولنا ان التصديق قد وجد والمقر به قائم فكان الاقرار دائما
فيعمل تصديقه ولابي حنيفة ان النكاح انقطع بالموت اما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما يعتبر في حق خمسه ح صح
حكم كان قبل الموت فاما في المستقبل فالنكاح معدوم فمتى صححنا الاقرار صححنا لاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق
واقعا في شيء هو للحال معدوم من كل وجه وهو النكاح وهذا لا يجوز قوله ومن اقر بنسب من غير الوالدين
الى آخره وذكره في التحفة لا يدفعه من السهم قوله فان كان له وارث معروف الى آخره صورته رجل اقر في مرضه باخ له
من ابيه وامه او بابن ابن ثم مات وله عمة او خالة او مولى موالاة فالميراث للعمة او الخالة والمولى فلا شيء للمقر له
لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف ولو لم يكن له وارث من القرابة وغيرها كان ماله لهذا
المقر له لان اقراره يشتمل بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في النسب مقر على الغير وفي المال على نفسه فيعتبر فيه
لانه غير متهم اذ يملك ايجابه بطريق الوصية قوله ولا شيء للمقر له لما كان اقراره منصرفا الى نصيبه فلا يكون
حد ذلك شيئا ولان الاقرار بالبعض كالاقرار بالدين للغريم فان الديون تقضى باموالها فصحب المديون على صاحب الدين
مثل ما لصاحب الدين عليه ثم تصير قصاصا ولما انصرف ما اقر به على ابيه الى نصيبه خاصة ولم يتوجه نصيب
الاخر على حاله لانكاره فصف ميراث قوله كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى اي هلاك الدين على الغير بسبب
الاقرار يختص عندنا بنصيب وعنده يشيع في النصيبين اصل المسألة ما اذا اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه اخوه
المعروف فعليه اعطاء المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شائع في النصيبين فيعذ
اقراره في حصته وبطل ما كان في حصة الاخ فيكون له ثلث ما في يده ونحن نقول المقر في زعم المقر له انه مساويه في الاستحقاق
فان المنكر ظالم ويجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولما كان اقراره رجع الى نصيبه فصار
حتى جعل نصيب اخيه المعروف كالهالك جعل ههنا كذلك ايضا وجعل الخمسون الباقي كالهالك حتى يشاركه المقر
اخاه في ذلك ولم يبق للمقر ههنا شيء لان زعمه كذلك فيحسب رجوع اقراره الى ما في يده بخلاف الاقرار بالاخ الثالث
حيث لم يغرم هناك بكل ما في يده للاخ الثالث بالسوية وذلك انما يكون عند نصف ما في يده قوله انهما تصادقا
على كون المقبوض مشتركا اي على كون الخمسين الباقية على الغريم التي يقبضها الاخ المنكر مشتركا بين الاخ المقر
والمنكر وذلك لان جميع الدين كان مشتركا بينهما كذلك كل جزء من اجزائه يكون مشتركا بينهما فما هلك يهلك

مشتركا وما بقي يبقى مشتركا لكن الاخ الجاحد لما انكر الهالك حتى لم يوثر الهلاك في نصيبه ولم يكن الاشتراك فيما بقي
بعد الهلاك وهو الخمسون الباقي ينبغي ان يكون كذلك مشتركا بينهما لكن لو رجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم
فيرجع الغريم على المقر بعد ذلك لانفساخ المقاصة في تلك المقدار وبعاينه دينا على الميت والدين مقدم على
الارث فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول باب الاقرار
اعلم ان الصلح اسم بمعنى المصالحة وهو خلاف المخاصمة اصله من الصلاح وهو استقامة الحال في الشريعة عبارة
عن عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول وشرطه ان يكون البدل الذي للمصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه
والا لا يشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار او ادعى المدعى عليه قبله حقا في حانوته فتصالحا على ان يترك
كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يسم كل واحد منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة
وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح خير عرفه بالالف واللام فيقتضي ان يكون كل
صلح خيرا وكل خير مشروع قوله صلح الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او احل حراما وانعقد الاجماع
على جوازه ولانه سبب لدفع التنازع المحظور قال الله تعالى ولا تنازعوا وكان مشروعا قوله وكل ذلك جائز لما بينا
وقال الشافعي لا يجوز الثاني والثالث للاستثناء في الحديث فهذا بهذه الصفة لان المدعي ان كان محقا كان اخذ المال
حلالا له قبل الصلح وحرم بالصلح وان كان مبطلا فقد كان اخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح وحل
بالصلح وهذا بخلاف الصلح عن الاقرار لان بدل الصلح ما كان حراما على الآخذ ولم يكن خلاف جنس حقه بناء على اصله
ان رب الدين اذا ظفر على مال المديون له اخذه وان كان خلاف جنس حقه تقرير ما قاله اصحابنا التمسك باطلاق ما تلونا
اذ هو كلام مستقبل بذاته فلا يرتبط بسببه وهو محلى بالالف واللام فينصرف الى الجنس فان قلت ينبغي ان ينصرف الى
المعهود السابق لان المكرر اذا اعيد معرفا كان الثاني عين الاول قلت هو خرج مخرج التعليل لما سبق ذكره كانه
قال صالحوا لان الصلح خير والعلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه بل اينما وجد العلة يتبعها حكمها وهذا لانه لو حمل
على الجنس يدخل فيه المعهود وغيره ولو حمل على المعهود يقتصر عليه فكان حمله على الجنس احق واولى لما ذكرناه وهو
بعمومه يتناول الصلح على الاقرار والانكار والسكوت والمفسد بحالة الاقرار يكون زيادة على النص وتاويل احرم
او يحل حراما لعينه مثل ان يصالح على خمر او خنزير او يحرم حلالا لعينه بان يصالح احدى امرأتيه على ان لا يطأ الاخرى
او يصالح امرأته على ان لا يطأ امته وهذا النوع من الصلح باطل عندنا وحمله على هذا احق لان الحرام المطلق ما هو حرام
لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكر غير محتمل لان الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فالصلح يقع على
الحق في العادة فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما
على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح ولان هذا صلح وقع بعد دعوى صحيحة ولهذا يستحلف المدعى عليه
فيجوز لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه الثابت في زعمه وهو مشروع والمدعى عليه يعطيه قطعا للمنازعة وصونا
لعرضه وبذل المال لمثل هذا الغرض مشروع لان المال خلق لصيانة الانفس عن المهالك والمفاسد واذا جاز الاعطاء

والآخذ بناء على زعمهما والصلح ليس الا هذا فكان صحيحا فان قلت المدعى عليه انما يبذل المال ليدفع به خصومة
المدعي عن نفسه والمدعي انما ياخذ ليكف عن الخصومة بغير حجة وخصومته بغير حجة ظلم شرعا واخذ المال ليكف
عن الظلم رشوة وهي حرام لقوله صلعم لعن الله الراشي والمرتشي قلنا دفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز وانما حرمتها
لو دفع الرشوة ليظلم غيره على انه انما يكون رشوة اذا اخذه الآخذ بالجهة التي يدفعه الدافع اليه وهو ياخذه بجهة
الاعتياض عن حقه فلا يكون رشوة قوله لوجود معنى البيع الى قوله لوجود معنى الاجارة لان الاصل فيه ان الصلح
يجب حمله على اقرب العقود اليه بناء على ان الاعتبار للمعاني فان الهبة بشرط العوض بيع والكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة قوله ويبطل الصلح بموت احدهما اجارة ويرجع المدعي في دعواه
بقدر ما لم يستوف المنفعة قوله كما يختلف حكم الاقالة كما في حق المتعاقدين حتى يجوز ان يختلف حكم التصرف الواحد
بالنسبة الى الاشخاص المختلفة كما في الخلع معاوضة من جانب المراة ويمين من جانب الزوج وكذا الجهة الواحدة في تحريك
العضو عند استياء العلة قبله في حق شخص وليست بقبله في حق شخص وحكم النكاح حل في حق امراته وحرمة لبنتها
في امراته وهو كثير النظير قوله فلزمه الشفعة باقراره اي باقرار المدعي لان كان المدعى عليه يكذبه فصار كانه
قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر فيجب الشفعة فيها قوله رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض
اي من بدل الصلح رجع المدعي بالخصومة اي الى المستحق وقام مقام المدعى عليه لان الدار في يد المستحق على زعم انها ملكه
قوله ورد العوض اي رد المدعي بدل الصلح الذي اخذه من المدعى عليه الى المدعى عليه لانه ظهر انه لم يكن له ولانه
اخذ بدل الصلح فبقي بدل الصلح في يد المدعي غير مشتمل على غرض المدعى عليه فان غرضه بقاء الدار في يده من غير خصومة
خصم وقد ظهر خصم اخر غير المدعي قوله وان وقع الصلح عن سكوت وانكار فاستحق المتنازع فيه رد المدعي بدل
الصلح على المدعى عليه وخاصم المدعي مع المستحق لان ما اخذه عوض في زعم المدعي وبالاستحقاق فات المعوض فكذا فيه
رد العوض وهذا لان المدعي زعم انه باع الدار منه بما اخذ من البدل فاذا استحقت الدار فقد استحق المبيع في زعم
المدعي واستحقاق المبيع يثبت للمشتري ولاية الرجوع على البائع بالعوض والمدعى عليه زعم ان ما اعطاه فداء
عن اليمين ودفعا للخصومة وبالاستحقاق ظهر انه لا يمين عليه ولا خصومة معه فبقي العوض في يده غير مشتمل
على غرضه فيسترده وان استحق بعضه رد حصته اعتبارا للبعض بالكل قوله وان كان الصلح عن انكار واستحق
البدل رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعض البدل لان المبدل في الصلح على الانكار هو الدعوى
فاذا استحق البدل رجع الى المبدل وهو الدعوى قوله بخلاف ما اذا باع منه اي باع المدعى عليه من المدعي مع
انكاره شيئا معينا اي اجرى لفظ البيع في مقام الصلح صورته اذا ادعى رجل على اخر دارا مثلا وانكر المدعى عليه
ثم صالحه عن هذه الدعوى على عبد فقال بعت منك هذا العبد بهذه الدار ثم استحق العبد حيث يرجع المدعي على المدعى
عليه بالمدعى به وهو الدار لا بالدعوى لان الاقدام منه اي من المدعى عليه على البيع اقرار منه بالملك للمدعي والحكم
في البيع كذلك في الفصلين اي فصل الاقرار وفصل الانكار قوله فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح وهو على

دعواه في الباقي لان الصلح اذا كان على بعض المدعي كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا للبعض والاسقاط لا يرد على العين
بل هو مخصوص بالديون قوله والوجه فيه اي في حيلة الجواز ان يزيد على بدل الصلح درهما ليكون مستوفيا لبعض حقه
اخذ العوض عن البعض او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي لان الابراء عن دعوى العين جائز فصل لما ذكر مقدمات
الصلح من شرائطه وانواعه وذكر في هذا الفصل ما يجوز الصلح وما لا يجوز قوله والصلح جائز عن دعوى المال
لانه في معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه قوله والمنافع بالجر اي عن دعوى المنافع بان ادعى في دار سكنى سنة
وصية من رب الدار فجحد او اقر به فصالحه الوارث على شيء جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح قوله
فمن عفي له من اخيه شيء اي اعطي له من دم اخيه شيء وذلك بطريق الصلح كذا قال ابن عباس رضي الله عنه وبدل
الصلح في دم العمد جار مجرى المهر فكل جهالة تحملت في المهر تحمل هنا وما يمنع صحة التسمية يمنع وجوبه في الصلح
لان كلا منهما حيث ليس المال بمقابلتهما ابتداء لانه في مقابلة مال وعند فساد التسمية يسقط ويجب بدل النفس وهو
الدية بجواز الصلح على ثوب كما يجب مهر المثل في النكاح الا انهما يفترقان من وجه وهو انه اذا تزوجها على خمر يجب مهر
المثل ولو صالح من دم العمد على خمر لم يجب شيء بناء على ان وجوب المهر في النكاح من ضرورة العقد لانه لم يشرع الا
بالمال فاذا لم يكن المسمى مالا لغت التسمية اصلا وصار كانه تزوجها ولم يسم مالا فيجب مهر المثل بناء على وجوب المهر
باعتبار صحة النكاح لا باعتبار صحة التسمية وفي الصلح عن دم العمد استحقاق البدل باعتبار التسمية حتى لو لم يسم
شيئا كان العفو مجانا وهذا بخلاف القتل الخطاء حيث كان عليه الدية لو صالح على خمر لان هذا صلح عن مال فيكون بطلان
الصلح عن سائر الديون فاذا بطل الصلح بقي المال واجبا كما كان وهو الدية قوله يجب مهر المثل في الفصل اي في فصل
فساد التسمية كما اذا تزوجها على ثوب غير معين وفي فصل التزوج على خمر قوله بخلاف الصلح عن حق اي لو صالح
الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على ان يسلم الدار للمشتري بطل وبطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض
والسكوت فرق بينه وبين الصلح عن دم العمد والثابت في الموضعين اعني الثابت للشفيع حق ان يتملك وليس بملك
لا حق في المحل كذا الثابت في القصاص حق ان يقيم الفعل وليس بقيم الفعل لانه ظهر في حق المحل ووجه الفرق ان حق الشفعة
حق ان يتملك محلا هو مملوك للغير وليس بملك ولا حق في المحل بوجه ما فكان صلحا لا عن حق ثابت في المحل فلا يصح فاما
في باب القصاص فالمحل صار مملوكا في حق ما هو الفعل حتى اذا وقع الفعل اتصف كونه حقا فيصح الاعتياض عنه فان
قلت اذا قطع عضو انسان ثم قطع يمين اخر يجب القصاص للثاني كما وجب للاول ولو ظهر اثر الاستحقاق في المحل لما
وجب للثاني لان المحل اذا صار مستحقا لشخص لا يصير مستحقا لشخص اخر من بعد قلت ليس المحل بما صار مملوكا على
الاطلاق وانما صار مملوكا في حق الفعل الذي يقيمه فقط وظهور الحق في المحل في حق فعله لا يمنع ظهور الحق في حق فعل
اخر قوله والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى اذا صالح على مال على ان يبريه من الكفالة فالمال باطل
واختلف الرواية في بطلان الكفالة ففي رواية يبطل لان الاقدام على الصلح يتضمن البراءة عن الكفالة والسقوط
لا يتوقف على العوض وفي رواية لا يبطل لان الكفالة بالنفس وسيلة الى المال فاخذ حكمه

من هذا الوجه فاذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجانا **قوله** واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبه المال فالصلح عن المال جائز فصار كالبيع فان صالحه وليه على مائة بعير او مائتي بقرة او الفي شاة او مائتي حلة او الف دينار او عشرة آلاف درهم صح وصار استيفاء لعين الحق ولو صالح على اكثر من قدر الدية لا يصح لانه زاد على القدر المشروع فردت الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص وهو ليس بمال فكان التقويم بالعقد فيتقدر بقدر ما اوجبه الصلح قل او كثر وبخلاف ما صالح على اقل من ذلك لانه اسقاط البعض الحق فكان جائزا وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية فان صالح على غيرها صح لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس ليخرج ان يكون دينا بدين ولو قضى القاضي بمائة من الابل فصالحه على اكثر من مائتي بقرة صح لان القاضي عين الوجوب في الابل فخرج غيره من ان يكون واجبا فكان ما يعطي عوضا عن الواجب فصح الزيادة على ما عين شرعا **قوله** ولا يجوز من دعوى حد يعني لا يجوز الصلح عن دعوى حد حتى لو اخذ زانيا او سارقا او شارب خمر فصالحه على مال على ان لا يرافعه الى السلطان فهو باطل ويرده على اخذه لانه حق الله تعالى لا حق العبد والاعتياض عن حق الغير لا يصح ولهذا قلنا اذا ادعت المطلقة على زوجها نسب ولدها ما ولدت انه ابنه منها وجحد الرجل فصالحها من النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب حق للولد لاحتياجه اليه لا حقا لها فلا تملك الاعتياض لاسقاطه **قوله** واذا ادعى رجل على امراة نكاحا اعلم ان هذا على وجهين احدهما ان يدعي رجل على امراة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه احتيالا لصحته ما لم يكن عقدا بأسه واخذ المال عن ترك النصح هو الخلع فصار في حق المدعي بمعنى الخلع بناء على زعمه وفي حقها بذل المال لدفع الشغب والخصومة وتخليص النفس عن الوطي الحرام والثاني ان يدعي امراة نكاحا على رجل فصالحها على مال جاز لانه يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فيسقط الاصل هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز لانه اذا بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض في الفرقة من جانب الزوج اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما المراة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج فان لم يجعل فرقة فالحال على ما كانت عليه قبل الدعوى فيكون هي على دعواها فلا يكون ما اخذته عوضا عن شيء فلا يجوز لانه رشوة محضة من غير دفع خصومة ويلزمها رده **قوله** وادعى على رجل انه عبده اي ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فانكر المدعى عليه ذلك ثم صالح على مائة درهم فهو جائز ويجعل في حق المدعى عليه بدلا للمال لدفع الخصومة وتخليص النفس عن المدعي وفي حق المدعي كانه اعتقه على مال ولهذا لو صالح على حيوان في الذمة الى اجل جاز لان الاصل الحيوان انما يجب دينا في الذمة اذا كان الدين بمقابلة ما ليس بمال كما في النكاح والديات يعني ولو كان هذا بمنزلة مبادلة مال بمال لما صح الحيوان دينا في الذمة والدليل ايضا على ان هذا الصلح في زعم المدعي بمنزلة الاعتاق على مال انه لو اقام المدعي البينة بعد ذلك انه عبده لم تقبل بينته في اثبات الملك لان ما جرى بينهما كان بمنزلة العتق **قوله** وجه الفرق بين العبد المأذون باذن في التصرف في مال التجارة والعبد الذي من كسبه مال

مال التجارة فيملك التصرف فيه وبالقتل صار مستحقا فاذا صالح صار كانه اشتراه فصح اما عبد المأذون نفسه فليس بمال التجارة ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى الا ترى انه لا زكوة على مولاه في رقبته وانما عليه صدقة الفطر فصار التصرف في رقبته الى سيده لا اليه **قوله** ومن غصب ثوبا اي غصب ثوبا او عبدا قيمته عشرة دراهم واستهلكه فصالحه منه على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة وعندهما يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه ويلزمه رد الزيادة لان الواجب بالاتلاف القيمة وهي مقدرة من النقود شرعا فصار الزيادة عليها ربوا لعدم ما يقابلها كما لو وجبت الدراهم بسبب البيع ثم صالحه زيادة على ما وجب بخلاف ما لو صالحه على عرض لان الفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس فيجوز ولا يلزم الغبن اليسير لانه مما يدخل تحت التقويم فلم يظهر الفضل يقرر ما قاله ابو حنيفة رح ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه ما لم يقرر حقه في ضمان القيمة بدليل انه لو اختار ترك الضمان بقي العبد هالكا على ملكه حتى يكون الكفن عليه ولو كان ابقا فعاد من اباقه كان مملوكا له ولو كان غصب سكة فعمل بها صيد بعد موته يكون للمغصوب منه وانما يملك الكسب بملك الاصل وحقه في المثل صورة ومعنى اذ الواجب ضمان العدوان وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص وايجاب الحيوان او الثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية وانما ينتقل الحق منه او من المثل صورة ومعنى الى القيمة بقضاء القاضي فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان بدل الصلح عوضا عن ملكه او عن المثل صورة ومعنى لا عن القيمة فلا يتحقق الربوا كما لو كان الحنطة او الثوب فاما اليهود قوم من اهل الكتاب نسبت اليهم الثوب فيقال ثوب يهودي قيد بالثوب احترازا عن غصب المثلي فانه اذا كان لرجل على رجل كر حنطة وصالح منها على دراهم ودنانير فالصلح جائز بالاجماع سواء كانت الدراهم اكثر من قيمتها او اقل لكن القبض شرط وان كانت الدراهم باعيانها حتى لا يفضي الى الافتراق عن دين بدين لان هذه الاشياء تتعين بالتعيين وقيد بكونه يهوديا لتعرف قيمته فان عندهما لا يجوز الصلح على قيمته الا بقدر ما يتغابن فيه فلا بد ان يكون الثوب المدعى موصوفا حتى يعرف مقدار القيمة **قوله** القيمة في العتق منصوص عليه قال صلعم من اعتق شقصا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما مر لانها غير منصوص عليها فلم يعم فيها الا لم التقدير فان قلت لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل لا يجوز ولو كان ما يقع عليهما الصلح بدلا عن العبد لجاز لان الطعام الموصوف بمقابلة العبد يكون ثمنا وبمقابلة القيمة يكون مبيعا قلت انما لا يجوز لان العبد المستهلك لا يوقف على اثره وما لا يوقف على اثره يكون في حكم الدين والدين بالدين حرام فلهذا لم يجز الصلح على طعام موجل لا لان الطعام بدل عن القيمة ولهذا لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه في المجلس ولو كان بدلا عن القيمة لما جاز لانه بيع ما ليس عند الانسان

باب التبرع بالصلح

لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما ان الانسان في العمل لغيره متبرع **قوله** والمال لازم للموكل اي على الموكل ولا يلزم الوكيل وهذا اذا كان الصلح عن دم العمد او على

بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا الى اخرها قال في المتن وقد اخر في المسئلة
وهو انه اذا كان بدل الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل في شيء من ذلك لان الصلح في المعاوضة
الا ان يضمنه كذا في المبسوط **قوله** فهو على اربعة اوجه وجه الانحصار ان الفضولي عند الصلح على المال
لا يخلو اما ان يقول بالمال ضمان بنفسه او لا فان قال فهو الوجه الاول وان لم يقل فلا يخلو اما ان اضاف ذلك المال
الى نفسه او لا فان اضاف فهو الوجه الثاني وان لم يضف اما ان يسلم ذلك المال المذكور في الحال ولم يسلم
فان يسلم فهو الوجه الثالث وان لم فهو الوجه الرابع **قوله** ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي وانما هو
للذي في يده المدعى لان تصحيح الصلح بطريق الاسقاط والمسقط يكون متلاشيا فلا يسلم له شيء ولا فرق بين ان يكون
المدعى عينا والمدعى عليه مقرا او منكرا لانه يصير متبرعا عليه بهذا العقد فصار كما لو تبرع بقضاء الدين
على فلان لو كان المدعى عينا والمدعى عليه يقر فانه يصير مشتريا ان كان بغير امره لان العين يشترى من المالك وان
كان في يده غيره جائز فاما في الدين ح صاحبه لا يجوز لانه يصير بتمليك الدين من غير من عليه الدين **قوله**
فالعقد موقوف هذا اختيار بعض المشايخ قال بعضهم بل ينفذ على المصالح كما لو قال صالحني وانما يتوقف في قوله
صالح فلانا على الف درهم من دعواك على فلان

باب الصلح في الدين

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعوى ذكر في هذا الباب حكم الصلح الخاص من الدعوى وهو دعوى الدين لان الخصوص
يكون بعد العموم **قوله** كل شيء وقع عليه الصلح الى اخره اي اذا كان بدل الصلح جنس ما يستحقه المدعي
على المدعى عليه بعقد المداينة حمل بينهما ان الصلح استيفاء لبعض حقه واسقاط للبعض لا معاوضة
صورته باع ثوبا بعشرة وافترقا من غير قبض الدراهم من غير ذكر الاجل ثم تصالحا على خمسة دراهم
فانه يجوز وان افترقا من غير قبض بدل الصلح الذي خمسة دراهم لان هذا الصلح محمول على انه استوفى
بعض حقه واسقط باقيه وانما ذكر عقد المداينة مع ان الحكم في الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح
قوله وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام الا يرى انه ربوا النساء حرام لشبهه مبادلة المال بالاجل فلان
يحرم حقيقته اولى **قوله** لان السود غير مستحقة بعقد المداينة لان من له السود لا يستحق البيض فقد صالح
على ما لا يستحق بعقد المداينة فكان معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف الجودة فكان ربوا بخلاف ما لو صالح
على قدر الدين وهو اجود لانه مبادلة المثل بالمثل الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية بالنص الا انه
يشترط القبض في المجلس لانه صرف **قوله** او لان معنى الاسقاط فيه الزم لان الصلح شيء من الحطيطة
والحط هنا الزم فيكون الاسقاط الزم **قوله** قال ابو يوسف لا يعود عليه بناء على ان الابراء حصل مطلقا
فيثبت البراءة مطلقا كالاداء بالابراء وهذا لانه لم يذكر الابراء عوضا سوى النقد في الغد لا يصلح عوضا
في الصلح احد المعاوضة اذ يستفيد كل واحد منهما بالمعاوضة لم يكن استفاده قبلها لكن وجوب النقد كان ثابتا
هنا واذا لم يصلح عوضا صار ذكره والعدم بمنزلة فكان الابراء حاصلا مطلقا فلا يعود بعدم النقد غير

ما قاله ان الابراء يتقيد بشرط مرغوب فيه فيتعلق بسلامته ويفوت بفواته كما لو ابراء بشرط ان يعطيه بالباقي
رهنا او كفيلا فلم يعطه فان المال عليه كذا هنا وهذا لانه بدا بتعجيل خمسمائة واداها غدا ولعل له رغبة
في ذلك خوفا من افلاسه لان الانسان قد يحتاج الى الاموال في بعض الاوقات لتجارة رابحة او غيرها فيحط بعض
الدين ليسارع المديون الى اداء الباقي وفي قوله على انك بريء خرج مخرج الاعواض ولكنه لا يصلح عوضا فيحمل على
الشرط عند تعذر الحمل على المعاوضة لان على تجيء للشرط قال تعالى ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا﴾ فلم يصر
الابراء مطلقا بالسكوت هذا هو المتعارف بين الناس بعادة تجار المماطلة والابراء يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به
كالحوالة فانها تتقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل فكذا الابراء جاز
تقيده بشرط السلامة وان كان لا يجوز تعليقه بالشرط والفرق بين المعلق والمقيد معدوم قبل وجود شرطه كا
الطلاق المعلق بدخول الدار معدوم قبله والمقيد بالشرط جاز ان يكون موجودا قبله كالحوالة المقيدة بالسلامة
يتحقق قبل عقد السلامة حتى يحول الدين ويخرج المحيل بريئا منه بحجة الحوالة وما قال ابو يوسف ان النقد
لا يصلح عوضا عن الحط لان النقد قبل الحط كان واجبا فلما كان واجبا في عقد المداينة وبعد الشرط جعل عوضا
عن الحط فيعتبر واجبا مرة اخرى ليصير عوضا عن الحط فيبطل الحط بفواته اذ الثابت مرة يعتبر ثابتا اذا افاد
اعتباره بدليل ان من ظاهر من امرأته مرارا صح لما ان اثباته مرارا يفيد شيئا وهو وجوب الكفارة فكذلك ههنا
ان النقد وان كان واجبا بحكم المداينة قبل الصلح الا انه يعتبر واجبا مرة اخرى ليصير عوضا فيبطل الحط بفواته
قوله فوقع الشك في تقييده بعدما اطلق الابراء اولا لان اداء الخمسمائة لا يصلح معتدا من حيث انه لا يصلح
عوضا فوقع الشك في القيد فلا يثبت بالشك بخلاف ما اذا بدا باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقيدا باداء خمسمائة
وما اعتبار صلاحيته شرطا لا عوضا وقع الشك في اطلاق الابراء فلا يثبت الاطلاق بالشك في المسئلة الرابعة الابراء
مطلق لان اداء الخمسمائة لا يصلح عوضا وكذا لا يصلح غرضا صحيحا لانه لما لم يتقيد للاداء وقتا لم يكن الاداء غرضا له
لوجوبه في مطلق الازمان فلم يتقيد به فيتعود كره **قوله** والجواب فيه انه لا يصلح الابراء لتعلقه بالشرط صريحا
وتعليق البراءة بالشرط باطل كقوله ان دخلت الدار فقد ابرأتك لان البراءة اسقاط حتى تتوقف على القبول فيه
معنى التمليك حتى يرتد بالرد والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط والاسقاط يحتمل ذلك فلمعنى التمليك قلنا اذا
صرح بالتعليق بالشرط لم يصح ولمعنى الاسقاط اذا لم يصرح بالشرط يتقيد به عملا بالشبهين فان قلت ما المعنى
في ان الابراء لا يصح مع التعليق ويصح مع التقييد وان كان فيه ايضا معنى التعليق قلت المعنى فيه هو ان في الابراء
معنى الاسقاط ومعنى التمليك اما معنى الاسقاط فهو ان الابراء عبارة عن ازالة حق من عليه متعلق بالغير
فكان نظير الطلاق والعتاق وكذلك من حيث الحكم فان الابراء لا يتوقف صحته الى القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو
عن القصاص واما معنى التمليك فيه فلان الله تعالى سمى ابراء الدين التصدق في قوله تعالى ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ
فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ والتصدق عبارة عن تمليك المال كذلك من حيث الحكم فان الابراء يرتد بالرد

كما في سائر التمليكات ثم التمليك المحض فباطل تعليقه بالشرط كما في تعليق البيع والهبة لما فيه من شبهة القمار وانه
حرام والاسقاط المحض يجوز تعليقه من كل وجه كتعليق الطلاق ولما كان الابراء مشابها بهما جميعا قلنا اذا صرح بحرف
التعليق لا يصح اعتبارا لشبهه بالتمليك واذا لم يصرح بحرف التعليق الذي هو عبارة عن المقيد يصح اعتبارا لشبهه
بالاسقاط عملا بالشبهين وتوفير الحظ بهما جميعا بقدر الامكان قوله جاز عليه اي هذا التصرف وهو التأخير او الحط
على رب الدين اي ما قدر لا يرجع عليه حتى انه لا يتمكن من مطالبته في الحال في الحط ولا يتمكن من مطالبته بما حط عنه ابدا لانه ليس
بمكره لامكانه من اقامة البينة او التحليف فيشكل كذلك الصلح على الانكار فكان التأخير والحط صادرا من رب الدين عن
طوع واختيار فصح فيلزم فوجه عادته ما في الباب ان رب الدين مضطر في هذا التصرف من التأخير والحط لانه ان لم
يفعل ذلك لا يعترف قلنا يصدق المضطر بانه يتصرف في غيره الا ترى ان من اصابته مخمصة فباع عينا من اعيان ماله بطعام ليأكله
كان تصرفه نافذا وان كان مضطرا فيه وكذلك اذا اخر او حط **فصل في الدين المشترك** اخر بيان حكم الدين المشترك
من حكم الدين المفرد لما ان الاثنين يتلوان الواحد ابدا قوله وان كان الدين بين شريكين الى اخره وانما وضع المسألة في الدين
لان دعوى شركة الرجلين اذا كانت في دار فصالح احدهما على شيء من شركة الاخر وان كان المصالح منكرا او مقرا ذكره في المبسوط
قوله فصالح احدهما من نصيبه ثوبا بالمصالحة لانه اذا اشترى احدهما بنصيبه سلعة ثم شركه الاخر فيها قوله
الا ان يضمن شريكه هذا استثناء عن قوله فشريكه بالخيار قوله اذا كان صفقة واحدة فيه بيانه انه اذا كان عبد بين رجلين
فباع احدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الاخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بالالف فقبض احدهما منه
شيئا لم يكن للاخر ان يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب اخر كما لو افرد كل واحد منهما
خمسمائة وكتبا بالالف صكا واحدا قوله اذا عرفنا هذا الى ان يتبع الذي عليه الاصل لانه كان عليه ولم يستوفه
فيتبع ذمته اذا القابض قبض نصيبه الا ان له حق المشاركة فله ان يشاركه وله ان لا يشارك اخذ نصف الثوب
لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا يصح وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين
فيتوقف على اجازته واخذ النصف لان له على اجازة العقد فصح ذلك الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ربع
الدين قوله ولو استوفى نصف نصيبه اي استوفى النصف الذي هو نصيبه من الدين ويقول استوفى نصيبه او نصف
نصيبه من الدين لشريكه ان يشركه فيما قبض كما قال في المتن ثم يرجعان على الغريم بالباقي لان المقبوض اخذ صار مشتركا
بينهما والابدال يكون الباقي على الشركة كما كان قوله ان القابض منه جعله الا ان حق المشارك ولم يشاركه فان سلم له
ما قبض ثم توى الدين على الغريم بان مات مفلسا يعني اذا قال الشريك الساكت للقابض اني سلمت لك ما قبضت فلا
ارجع عليك بنصف ما قبضت لكن ارجع على الغريم بنصيبي ثم مات الغريم مفلسا كان له ان يرجع على الشريك القابض
في نصف ما قبض اي بحصته قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل اي بدين كان على احد الشريكين للمديون
قبل الدين المشترك بان اقر احد الشريكين ان عليه دينا للمديون قبل ثبوت الدين المشترك قوله لم يرجع عليه الشريك لانه
قاض اي مؤد دينه قوله لا مقتضى اي لا مستوفي منه حينئذ وانما قلنا ان هذا قضاء لنصيبه من الدين

لا اقتضاء لانه على اخر الدينين يصير قضاء عن اولهما لان القضاء يتبع الوجوب فانما يشاركه الاخر فيما يقبض
فاذا لم يصر بهذا الطريق قابضا شيئا لا يكون للاخر ان يشاركه فيه كما لو ابراه من نصيبه او وهبه قوله ولو ابرا عن نصيبه
فكذلك لان الابراء اتلاف وليس بقبض فلم يزد نصيب الشريك بالبراءة فلا يرجع عليه قوله ولو ابراه عن البعض كانت قسمة
الباقي على ما فيه من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر قوله ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف لانه ابراء
مقيد فيعتبر بالابراء المطلق ولهما انه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض لانه يميز نصيب احدهما عن الاخر فيستعجل احدهما
ويؤجل الاخر وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لان في القسمة معنى التمليك لان ما ياخذ احدهما بعضه كان له وبعضه كان
لشريكه فهو ما ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه وتمليك الدين لغير من عليه لا يصح وهذا بخلاف ابرائه نصيبه
لانه لا يبقى نصيبه بعد الابراء وانما يتحقق القسمة مع بقاء نصيب كل واحد منهما اعلم ان هذا الذي ذكره من صفة
الاختلاف المتن مخالف لما ذكر في عامة روايات الكتب من المبسوط والاسرار والايضاح وغيرها حيث فيهما
قول محمد مع ابي يوسف فان قلت ان ابا حنيفة لم يجعل الابراء المطلق من احدهما قسمة الدين قبل القبض بجعل تأخير
احدهما نصيبه قسمة الدين قبل القبض مع ان كل واحد منهما تصرف لاحد الشريكين في نصيبه قلت فانه لا يلزم
في ابرائه نصيبه قسمة الدين قبل القبض لانه لا يبقى نصيبه بعد الابراء اصلا والقسمة انما تكون مع بقاء نصيب
كل واحد منهما وفي التأخير يبقى نصيب كل واحد منهما في اصل الدين على حاله حتى ان الاخر اذا قبض حصة بعد حلول الاجل كان للمؤخر
ان يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركا بينهما وانما قلنا ان التأخير قسمة لان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب
الاخر في الوصف والحكم اما في الوصف فلان لاحد النصيبين حالا وللاخر مؤجلا واما في الحكم فان للساكت ان يطالب المديون
في الحال لا للمؤخر والقسمة ليست الا ان يصير احد النصيبين مخالفا للاخر فان قلت ما المعنى الفقهي في عدم جواز قسمة
الدين قبل القبض قلت انما لا يجوز لانعدام حد القسمة لعدم شرطها وهو وجود النصيبين حسا وذلك لان القسمة
تمييز وما في الذمة لا يتصور فيها التمييز وفي الحمل القسمة بدون التمييز لا يحصل فانه لو كان بين رجلين صبرة طعام
وقالا اقتسمنا على ان هذا الجانب لي والجانب الاخر لك لا يجوز فههنا اولى لان في القسمة يملك كل واحد منهما نصيبه
نصيبه من شريكه عوضا عما يملك عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لان في ذلك نقلا للوصف من محل الى محل
اخر قصدا والانتقال على الاوصاف محال والدين وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة قوله ولو غصب
احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض لان الضمان يجب عند الهلاك مستندا الى سببه فيثبت الملك
فله ان يضمنه واستيجار احد الشريكين بنصيبه قبض صورة المسألة ما اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فاستاجر
احدهما بنصيبه من الالف دار المديون سنة وسكنها فاراد شريكه المستاجر اتباعه فان له ذلك لانه صار مقتضيا
نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعلت مالا من كل وجه عند ورود العقد
عليها اجماعا قوله وكذا الاحراق صورة المسألة احرق احد الشريكين متاع المطلوب بان رمى بالنار على ثوب المديون
فاحرقه واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك الساكت ان يتبع المحرق بالاجماع لانه حينئذ يكون الاستهلاك

بعد الغصب وذكر حكم الغصب فانه يعتبر لم يقبض حصته من الدين فيرجع عليه الشريك بربع اذا كان الثوب يساوي خمسمائة بالاجماع وقال محمد انه بالاحراق صار قابضا متلفا المال مضمون فيكون ذلك كالغصب والمديون صار قابضا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل الملحق مقبضا وقال ابو يوسف عليه شيء لانه متلف نصيبه ما صنع لاقابض والاحراق اتلاف فكان بمنزلة الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى على ماله بالاحراق **قوله** والتزوج به اتلاف صورته بان يتزوج احد الشريكين المراة الغريمة على حصته من الالف لم يكن للساكت اتباع الزوج فاما لو تزوجها على خمسمائة درهم حتى التقيا قصاصا كان للشريك الزوج اتباع الزوج لان دين المراة اخر الدينين فيصير قصاصا بالاول فيصير الزوج قابضا ومقبضا فلذلك قيد في المتن والتزوج به اي بنصيبه من الدين وذكر في الايضاح وعن ابي يوسف ان التزوج بالدين المشترك بمنزلة التزوج وان كان به لفظا فهو بمثله معنى لو تزوجها بخمسمائة والفرق على ظاهر الرواية انه متى يتزوجها على نصيبه من الدين لم يصر الزوج مقتصا لنصيبه من الدين لانه يتعلق النكاح بعين الحصة لان النكاح متى اضيف الى الدين في الذمة يتعلق النكاح بعين المضاف اليه وصار ذلك مملكا لها بالنكاح ثم يسقط عن ذمتها عين نصيب الزوج فكان بمنزلة الهبة والابراء بخلاف ما لو تزوجها بخمسمائة **قوله** واذا كان السلم بين الشريكين صورته رجلان اسلما الى رجل في طعام فصالح احدهما على السلم من المسلم اليه على ان يأخذ نصيبه من راس المال وينفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف يجوز فالحاصل انه يتوقف الصلح عندهما على اجازة صاحبه فاجازه بعد عليهما كان تمامها صالحا وكان ما قبض بينهما وما بقي من السلم بينهما وان رده بطل اصلا فبقي الطعام كله بينهما وعند ابي يوسف الصلح جائز على المصالح اجاز صاحبه او لم يجز وصاحبه بالخيار ان شاء شاركه فيما قبض ثم يتبعان المطلوب فيأخذان منه ما بقي وان شاء اتبع المطلوب بحقه بعد ما قال ابو يوسف انه دين فيجوز صلحه عنه كما اذا صالح احد ربي الدين مع المديون عن نصيبه على بدل فانه يجوز ويخير الآخر بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يتبع المطلوب كما هنا وهذا لانه عاقد فيملك الفسخ في نصيبه كما لو اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه فانه يجوز بدون رضا الآخر بقولهما انه لو جاز في نصيبه فقط يصير قسمة الدين قبل القبض ولو جاز في نصيبهما يفتقر الى اجازة الآخر لانه فسخ على شريكه عقده فيفتقر الى رضاه بخلاف الاقالة في بيع العين لانه ليس فيه الحكم في حالة البقاء فلم يكن متعديا الى ابطال العقد اذا الحكم في حالة البقاء يستغني عن العقد وههنا التصرف في ابطاله واقع في العقد وهو متعدد بهما فلا يجوز لانفراد احدهما بالابطال باعتبار تصرفه في حكمه في حال ثبوته اذ حالة الدين كحالة الوجود الى ان يقبض والحكم يفتقر الى العلة ثبوتا ولانه لو جاز الصلح من احدهما يؤدي الى ان يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه ويقرر في راس المال ثم يعود في المسلم فيه وذا لا يجوز كما لو تقايلا السلم ثم اراد فسخ الاقالة فانه لم يجز بخلاف بيع العين وهذا لان الآخر اذا اجاز المشاركة في المقبوض مع المصالح ما بقي من طعام السلم مشتركا بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه ويقرر في راس المال فلا يجوز ان يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه لانه لو عاد لعاد بعد بطلان الاقالة والاقالة في باب السلم لا تحتمل الابطال **قوله** قالوا هذا اي هذا الخلاف

فيما اذا خلطا راس المال ثم عقدا مع المسلم اليه عقد السلم فان لم يخلطاه فعلى النكتة الاولى وهو قوله ان العقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه وفي قسمة الدين قبل القبض هو على الخلاف ايضا وعلى النكتة الثانية وهو قوله لو جاز صلح احدهما على راس المال يشاركه الآخر على الاتفاق اي جوابهما هنا كجواب ابي يوسف لان ذلك انما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض وليس له حق المشاركة هنا اذا لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من راس المال والصحيح ان الفصلين بابت لان عدم جواز الصلح ثمة بعلتين وهنا بعلة واحدة **فصل في التخارج** اخر هذا لانه اقل وقوعا فالتخارج التفاعل وهو اخراج كل واحد من الرفقة نفقته على قدر نفقة صاحبه كذا في الصحاح اهل الشرع هو عبارة عن اخراج احد الورثة عما استحقه من التركة بمال يدفع اليه **قوله** لانه امكن تصحيحه بيعا وانما يعتبر البيع للجوار دون الابراء عما اراد من نصيبه لانا لو قلنا بالابراء يلزم الابراء عن الاعيان غير المضمونة وهو لا يصح فيصح البيع **قوله** اثر عثمان فان عثمان رضي الله عنه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه على ثلثه وثمانين الف دينار وكان لها ربع ثمن وولد فحطها ربع الثمن فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا وكان ذلك بحضرة الصحابة فجعل محل الاجماع وقد كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة رضي الله عنهم في ميراثها فصالحوها على ما قلنا **قوله** وان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه صار عاصبا لنصيبه وقبض الغصب ينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا غير مانع لنصيبه ولا بد من تجديد القبض وهو ان يرجع الى موضع فيه العين ويمضي وقت يمكن فيه من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الآخر وان اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون **قوله** فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه حتى لو كان ما اعطوه اقل من نصيبه او كان مساويا لنصيبه او لا يعلم مقدار نصيبه من الدراهم لم يجز الصلح اما في فصل المساواة لانه يبقى العروض خالية عن العوض وفي الاقل كذلك يبقى العروض وبعض الدراهم خالية عن العوض فيحترز بجوز هذا الصلح بطريق المعاوضة ويجوز تصحيحه ابراء عن الجانبين لان التركة عين ولا ابراء عن الاعيان باطل واما في صورة عدم العلم بنصيبه ايضا كذلك لم يجز الصلح لان هذا الصلح فسد من وجهين فيما اذا كان الصلح مساويا لنصيبه وفيما اذا اخذه ما هو اقل من نصيبه وصح من وجه وهو فيما اذا كان ما اخذه اكثر فكانت العبرة للفساد **قوله** صرفا للجنس الى خلاف الجنس ولكن يشترط التقابض لانه صرف قال الحاكم ابو الفضل انما يبطل الصلح عن قبل نصيبه او اقل من مال الربوا في حال التصادق واما في حال التناكر فالصلح جائز لانه يعطي المال لدفع الخصومة فلا يمكن الربوا وقيل انه باطل في الوجهين لانه معاوضة في حق المدعي فيمكن فيه الربوا **قوله** على ان يخرجوا المصالح ويكون لهم فالصلح باطل لانه يصير مملكا حصته من الدين من سائر الورثة بما ياخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين باطل وان كان بعوض واذا بطل في حصة الدين بطل في الكل وهو دليل لابي حنيفة في مسالة البيوع ان العقد الواحد اذا في بعض المعقود عليه فسد في الكل نبل هذا قوله وعندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما ان بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والعبد بثمن واحد **قوله** ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون

قيل لا يصح لاحتمال ان يكون في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربوا وقيل يصح
لانه يحتمل ان يكون في التركة من جنس بدل الصلح وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فكان
القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار شبهة الشبهة وقيل لا يصح لانه بيع لان المصالح عنه عين وبيع
المجهول لا يصح والاصح انه يصح لان الجهالة غير مفضية الى المنازعة لانه لا يحتاج الى التسليم وبيع ما لم يعلم
البائع والمشتري انما لا يجوز اذا كان يحتاج فيه الى التسليم الا ترى انه لو باع قفيزا من صبرة يجوز البيع مع الجهالة وكذا
لو باع المغصوب منه للغاصب لا يعلم مقداره يجوز البيع قوله لعلم المصالح عنه في بدل القسمة من الورثة
لان المسئلة موضوعة فيه حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعرفون ما مقداره لا يجوز لانه يحتاج الى
التسليم فيفضي الى المنازعة كذا في مبسوط شيخ الاسلام رح قوله وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم
يقضوا دينه بتقديم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز لان العلماء في الدين لا يمنع الارث لان تركة ما لا يخلو عن
قليل دين فلو امتنع الارث لامتنع في كل التركات فيتضرر به الورثة قوله وذكر الكرخي رح في كتاب القسمة
انها لا تجوز استحسانا على انه ما من جزء من التركة الا وهو مشغول بالدين قوله ويجوز قياسا نفيا للضرر
عن الورثة لان التركة لا تخلو عن قليل الدين

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه
المناسبة في اول الاقرار وهي مفاعلة من ضرب في الارض اذا سافر فيها ومنه قوله تعالى وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ
يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ يعني بالضرب السفر للتجارة وفي الشرع عبارة عن عقد على الشركة بمال من احد الجانبين والعمل
من الجانب الآخر والمراد الشركة في الربح وهو مستحق بالمال من احدهما والعمل من الآخر ولا مضاربة بدون الشركة
في الربح حتى لو شرط الربح كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط كله للمضارب كان قرضا وهي مشروعة بالمعلوم
لان الضرب في الارض قد يكون بمال نفسه وقد يكون بمال غيره ولا اصل فيه فهو عليهما وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم
لجار زمانه عليها فانه صلعم بعث والناس يباشرونها ولو لم يكن مشروعا لمنعهم عنها واجماع الامة ومساس
الحاجة اليها فان الانسان قد يكون غنيا بالمال غبيا بالتجارة فيه وقد يكون مهتديا بالتجارة ولا مال له فيحتاجان
الى الشركة على هذا الوجه ليستعين هذا بهذا وذاك بذاك وبهذا الشرط مصلحتهما ويحصل الربح لهما وركنها
الايجاب والقبول وهو ان يقول دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاملة او قال خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله
من شيء فهو بيننا نصفان او على ان لك ربعه او خمسه وحكمها انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب
فهذه احكام تبتني عليها فيجب ان يراعى كل حكم منها في وقته كما ذكر في المتن قوله ولا تصح الا بالمال الذي تصح به
الشركة اي لا يكون راس المال من الاثمان كما مر في الشركة قوله ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه
جاز وباع بدراهم او دنانير وتصرف فيها صح لانه لم يضف المضاربة الى العرض وانما اضاف الى ثمنه والثمن مما تصح المضاربة
به والاضافة الى ما في المستقبل تجوز لانه وكالة ووديعة او اجارة وليس شيء من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى
المستقبل قوله وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان اعلم ان من شرائطها ان يكون راس المال عينا لا دينا

لان المضارب امين ابتداء فلا يتصور ان يكون فيما عليه من الدين لان الدين مضمون على المديون فلو كان له دين على رجل
فقال اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لانه اضاف المضاربة الى زمان القبض وفي تلك الحالة صار الدين
عينا وهو يصلح ان يكون راس المال بخلاف ما لو قال اعمل بالدين الذي في ذمتك مضاربة بالنصف حيث لا يصح المضاربة
اجماعا حتى لو اشترى بالدين وباع فجميع ذلك للمشتري والدين في ذمته بحاله عند ابي حنيفة لعدم صحة التوكيل عنده
فوقع الشرى للمأمور وعندهما يكون مشتريا للآمر لصحة التوكيل عندهما كما في الوكالة فتصير المضاربة بعد ذلك
بالعرض فلا يصح قوله ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان هذا يقطع
الشركة في الربح لجواز ان لا يحصل من الربح الا قدر ما شرط له واذا لم تبق الشركة في الربح لا يتحقق المضاربة لانها
جوزت بخلاف القياس بالنص بطريق الشركة في الربح فاذا شرط للمضارب ما يقطع الشركة لم يكن في معنى ما ورد به النص
فيرد الى ما يقتضيه القياس قوله فان شرط بالفاء وهي للتفسير زيادة عشرة اي على المشروط كالنصف مثلا
فله اجر مثله لانه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل الى المسمى المشروط للفساد فيصار الى اجر المثل ضرورة والربح لرب المال
لانه نماء ملكه وكذلك الحكم في كل مضاربة لم تصح ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله كما
في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في المضاربة الفاسدة في رواية الاصل لان الواجب اجر والاجر يجب بتسليم المنفعة
او العمل وقد وجد وفي رواية لا اجرة عند ابي يوسف اذا لم يربح فلا اجرة له لان المضاربة الفاسدة لا تكون اقوى من الصحيحة
فاذا لم يستحق شيئا في المضاربة الصحيحة عند عدم الربح ففي الفاسدة اولى قوله والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون
بالهلاك اعتبارا بالمضاربة الصحيحة ولانه عين استوجر المضارب ليعمل به فلا يكون مضمونا عليه كاجير الوحد
قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسد المضاربة لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه
توجب فساد العقد وذلك كجواز شرط المضارب ان يسكن رب المال داره سنة او يزرع ارضه سنة لانه جعل
نصف الربح عوضا عن عمله واجرة الدار او الارض فصار حصة العمل مجهولة فلم يصح وغير ذلك من الشروط
الفاسدة لا تفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب لان الوضيعة جزء هالك من المال
فلا يجوز ان يلزم غير رب المال ولان هذا شرط زائد لم يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا تفسد المضاربة
لانها لا تفسد بالشرط الفاسد كالوكالة ولان صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة قوله
ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا يتم الا بالتسليم اليه كالوديعة
وهذا بخلاف الشركة فان يد رب المال قائم في عقد الشركة وقد صحت لان المضاربة انعقدت على راس المال من جانب
الشركة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فيجب ان يخلص اليد للمضارب ليتمكن من العمل فيه والشركة انعقدت على العمل
من الجانبين فمتى شرطنا انتفاء يد رب المال عنه لم ينعقد الشركة اصلا لانتفاء شرط الشركة وهو شرط العمل
عليهما قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لان هذا شرط يمنع من تسليم المال الى المضارب والتخلية
بين المال والمضارب شرط صحة العقد فما نافاه كان مفسدا ضرورة قوله وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد

كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لان الصغير اذا كان مالكا كانت يده على
المال بحكم الملك كالكبير فبقاؤها يمنع كونه مسلما الى المضارب قوله كالصغير يعني اذا عقد الولي بالصغير
مضاربة وشرط عمل الصغير لا يجوز لان يد المالك ثابتة في المال فلم يوجد التخلية قوله وكذا احد المتفاوضين واحد
شريكي العنان اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان للشريك فيه ملكا فيمنع صحة الدفع مع قيام
يد المالك قوله وان لم يكن اي العاقد مالكا وشرط ان يتصرف في المال مع المضارب فان كان العاقد ممن ليس باهل للمضاربة
في ذلك المال فشرط عمله يفسد العقد كالماذون يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله مع المضارب لان يد التصرف
ثابتة له في هذا المال ويده يد نفسه فنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعة لصحة المضاربة
وان كان العاقد ممن يجوز ان ياخذ ماله مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة
وشرطا ان يعملا بانفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز لانهما لو اخذا ماله مضاربة بانفسهما بنصف
الربح صح فكذا اذا شرط عملهما مع المضارب بجزء من الربح لان كل مال يجوز ان يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز ان يكون فيه
مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف الاب او الوصي واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير
وشرطه كشرطه فيشترط التخلية من قبل الصغير لانه رب المال قوله كالماذون وفي المبسوط الماذون اذا دفع
مضاربة وشرط ان يعمل مع المضارب لم يجز لانه لم يكن الماذون العاقد اهلا لان ياخذ ذلك المال مضاربة لانه يتصرف
لنفسه فيه بحكم انفكاك الحجر فكان كالمالك فلم يكن من اهل المضاربة فيه فكان المالك فلم يكن من اهل المضاربة فيه فكان
اشتراط عمله مفسدا كاشتراط عمل المالك بخلاف الاب والوصي وذكر في الايضاح لو دفع المراة مالا الى عبد ماذون
مضاربة جاز ولو شرط الماذون عمل مولاه مع المضارب فان لم يكن عليه دين لم يجز وان كان عليه دين جازت المضاربة
في قول ابي حنيفة بناء على انه لا حق للمولى في عبده فصار كالاجنبي واما المكاتب اذا شرط عمل مولاه لم يفسد
المضاربة قوله واذا صحت المضاربة مطلقة هو ان لا يكون مقيدا بالزمان ولا بالمكان وقال في الذخيرة واذا دفع
مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة بناء على ان المطلق يتناول الانواع كلها وله ان
يعمل ما هو من عادات التجار من بيع بنقد ونسيئة ويسافر ويبضع ويودع لان غرضه حصول الربح ولا يتحصل
ذلك الا بان يملك جميع انواع التجارات لانه قد يربح في نوع منها دون نوع فوجب ان يكون بسبيل من جميع اصناف
التجارة ليحصل غرضه والابضاع والايداع من توابع التجارة لان التاجر لا يجد بدا منهما قوله وعن ابي
ابي يوسف عن ابي حنيفة رح ان دفع المال في بلده وهو من اهل تلك البلد فليس له ان يسافر به لان فيه تعريض المال على
التوى بلا ضرورة وان دفع المال اليه في غير بلده فله ان يسافر به لان الظاهر والغالب ان الانسان يرجع الى
وطنه ولا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه مع علمه انه غريب في هذا الموضع كان ذلك منه دليل
الرضا بالمسافرة بالمال عند رجوعه الى وطنه وجه الظاهر ان المضاربة من الضرب في الارض وذلك بالمسافرة ولان مقصوده
تحصيل الربح وذا انما يحصل بالسفر عادة فيملكه بمطلق عقد المضاربة لان للمودع ان يسافر بمال الوديعة مع عدم

بحكم حر التصرف فالمضارب اولى لقدرته على التصرف فيه قوله والظاهر ما ذكر في الكتاب اشارة الى قوله والمساقاة في
من صنيع التجار فينتظمه العقد بما هو صنيع التجار قوله الا ان المساقي لا ينتظم مثله اي لا يستحقه لتساويهما
في القوة كالوكيل لا يملك ان يوكل غيره وهذا بخلاف المستعير والمكاتب لانهما يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام
في التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا بحكم النيابة اذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب
يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وصار كالوكيل فانه لا يملك ان يوكل غيره قوله
ليس الا واحد منها بناء على ان العقد ينتظم صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار وليس هو من صنيعهم فلا يحصل به
الغرض وهو الربح لان المعقود حكم العرض مضمون بمثله فلا يتصور فيه زيادة شرط او غيره اما الدفع مضاربة
من صنيع التجار وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت قوله اعمل برايك قوله وفي التخصيص فائدة فيتخصص
اعلم ان الفائدة فيه من وجوه احدها انه قصد صيانة ماله عن خطر الطريق فان المال في السفر بعرضية التلف والثاني
انه قصد صيانة ماله عن جناية المضارب فاذا عمل في بلده لو قصد الجناية في ماله امكنه المنع عنها فكان شرطا مفيدا
والثالث ان الاسعار من حيث الغلاء والرخص يختلف باختلاف البلدان من الجودة والرداءة فكان الشرط مفيدا والرابع
ان المضارب ما دام في المصر لا يستحق النفقة في مال المضاربة والشرط متى كان مفيدا يجب اعتباره كذا ذكر الامام قاضي
خان رح قوله فاشترى ضمن لم يرد به ابتداء الضمان بالشراء بل الضمان في اصابه بالاخراج عنها لكن اراد به استقرار
الضمان على ما ذكر في المتن قوله وهذا بخلاف ما لو قال على ان يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد وله ان يعمل
في غير السوق في الكوفة استحسانا لان الاصل ان رب المال اذا شرط على المضارب شرطا يفيد يعتبر به ويجب الضمان على
المضارب عند تركه وان لم يفد لا يصح الشرط ولا يضمن المضارب بتركه في شرط العمل بالكوفة فائدة لرب المال وهو صيانة
ماله عن خطر الطريق وغير ذلك على ما ذكرنا ولا فائدة في تقييد تصرفه بالسوق لان مقصوده سعر الكوفة لا عين
السوق والبلدة الواحدة كالبقعة الواحدة فكان التخصيص لغوا قوله اذا صرح بالنهي بان قال ولا تعمل في غير
السوق فلو عمل في غيره يضمن لانه صرح بالحجر عنه وهو يملك الحجر وما يفيد التقييد من الالفاظ ستة تقول دفعت
اليك المال مضاربة على ان تعمل به بالكوفة او لتعمل به بالكوفة بالحرير او بعمل بالرفع او فاعمل به بالكوفة او قال خذه اليك مضاربة
بالنصف بالكوفة وما لا يفيد التقييد لفظان خذه اليك مضاربة واعمل بالكوفة او قال اعمل بالكوفة والضابط ان رب المال
متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل مبنيا عليه كيلا يلغو كما في
الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأ لانعدام الضرورة في التعليق كما في اللفظين
الاخيرين وحينئذ يكون الزيادة مشورة وكان له ان يعمل بالكوفة وغيرها ولو قال خذه مضاربة على ان يشتري به
الطعام او قال خذه مضاربة بالنصف في الطعام فهذا كله مقيد فيعتبر التقييد به ولو قال على ان يشتري من فلان
ويبيع منه صح التقييد وليس له ان يشتري ويبيع من غيره لان هذا التقييد مفيد لتفاوت الناس في القضاء والاقتضاء
ولو قال على ان يشتري به من اهل الكوفة او دفع اليه مضاربة في الصرف على ان يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع

بالكوفة حين حل السير اهل الكوفة او من غير الصيارفة جاز لان مقصوده في الاول تقييد العمل بالكوفة عرفا وقد وجد
وفي الثاني التقييد بالنوع **قوله** وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يتقيد به حتى يبطل العقد بمضيه
لان التقييد بالزمان مفيد كالتقييد بالمكان فيتوقت بما وقته وكذا الشركة تتقيد بالوقت حتى لو قال ما اشتريت
اليوم بيننا فما اشترى اليوم فهو بينهما وما اشترى بعد اليوم فهو للمشتري خاصة وبالمكان حتى لو قال احد
الشريكين لصاحبه اخرج الى نيسابور ولا تجاوز بها وخرج فهلك صح حصة شريكه **قوله** وليس للمضارب
ان يشتري من يعتق على رب المال بقرابة او يمين لان المضاربة اذن في التصرف الذي يحصل به الربح وهذا انما
يكون بشراء ما يمكنه بيعه فاما ما لا يمكنه بيعه فلا يحصل به الغرض فلا يتناوله الاذن ولا يستحق هذا فيمن
يعتق على رب المال لحقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كما اذا اشترى خمرا وخنزيرا او ميتة
او دما او مكاتبا او ام ولد او اشترى ثوبا بميتة او دم لانها لا يملك بالقبض فلم يدخل تحت الاذن بخلاف ما لو اشترى
ثوبا او عبدا بخمر او خنزير فانه يكون على المضاربة لانه يملك بالقبض ويمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق مقصود العقد
قوله وان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال عنده
وعندهما يعتق فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وهو البيع للاسترباح فان فعل اي اشترى من يعتق على رب
المال او من يعتق عليه صار مشتريا لنفسه دون المضاربة بناء على ان الشرى متى وجد نفاذا على المشتري نفذ
عليه كالوكيل اذا خالف وهذا لان المضارب هو الاصل لان البائع لان حقوق العقد ترجع الى الوكيل فوجب
ان ينفذ عليه لما تعذر نفاذه من رب المال فيما للضرر عن البائع وضمن لرب المال الثمن من مال المضاربة **قوله** وان لم يكن
في المال ربح جاز ان يشتري من يعتق عليه لانه لا ملك له فيه ليعتق عليه فلا مانع من التصرف لقدرته على بيعه فيصح
الشرى على المضاربة **قوله** لم يضمن لرب المال شيئا لانه انما عتق عند الملك لا بصنع منه كما لو ورثه مع غيره بان
اشترت امرأة ابن زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن شيئا لاخيها ويسعى العبد
في نصيب رب المال لاحتباس ماليته عنده ولو اشترى نصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله صح عليهما
لان هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه من قبله وانما دخل العتق فيه حكما بما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفا
والشريك والاب والوصي كالمضارب حتى اذا اشترى الاب والوصي عبد الصغير او للمعتوه وهو ذو رحم
محرم من الصغير او المعتوه لا ينفذ عليهما وانما ينفذ على الاب والوصي لانه لا نظر فيه بخلاف العبد الماذون فانه
لو اشترى ذا رحم محرم من المولى صح ثم ينظر ان لم يكن عليه دين محيط برقبته وكسبه عتق على المولى وان كان عليه
دين محيط لا يعتق عنده وعندهما لان الدين المستغرق يمنع ثبوت الملك للمولى في كسب العبد عنده وعندهما لا يمنع
فان قلت ما الفرق بين المضارب وبين الوكيل بشراء العبد مطلقا بالف درهم فانه يملك بشرا عبد يعتق على موكله بالقرابة
او اليمين ولا يصير مخالفا مع ان احد احوال المضارب الوكالة قلت الفرق بينهما هو ان في باب الوكالة اطلق الوكالة
اطلاقا وفي المضاربة لم يطلق بل قيدها بوصف وهو ما يظهر فيه الربح بالبيع فاذا اشترى ما لا يقدر على البيع فقد خالف

بعده فيكون مخالفا فلا يكون على المضاربة **قوله** فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى المضارب بها امة
قيمتها الف فوطئها المضارب فولدت ولدا يساوي الفا فادعى المضارب انه ابنه ثم بلغت قيمة الغلام الفا
وخمسمائة والمضارب موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه فاذا قبض
رب المال الف درهم من الغلام ضمن نصف قيمة الامة وهذا لان دعوة المضارب الحمل صحيحة ظاهرا حملا لامره على
وجه الصحة وهو فراش النكاح بان زوجها منه بائعها وعلقت منه ثم باعها منه لكن لم ينفذ لعدم الملك وهو شرط
الصحة لان كل واحد منهما اعني الام والولد مشغول براس المال فلا يظهر الربح لما عرف ان مال المضاربة اذا صار
اجناسا مختلفة كان كل واحد منهما مثل راس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر لانه ليس باولى من الاخر اذا كان كذلك
فلم يكن للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا ينفذ الدعوة فاذا زادت قيمة
الغلام فصارت الفا وخمسمائة ظهر ربح الان فملك المضارب من الولد نصف الزيادة فنفذت الدعوة السابقة بخلاف
ما اذا اعتق المضارب الولد ثم ظهرت الزيادة فانه لم يصح الاعتاق لان الاعتاق انشاء فاذا بطل لعدم الملك فلا ينفذ
بعده بحدوث الملك فاما هذا فاخبار فيعتمد اذا حدث الملك نظيرهما كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا قال العبد
الغير انت حر ثم اشتراه واذا نفذت الدعوة صار الغلام ابنا له وعتق عليه بقدر ملكه وفسد الملك الباقي عنده
وعتق عندهما ولم يضمن حصة رب المال من الولد لان العتق هنا استند بالنسب والملك والملك اخرهما وجودا فيضاف اليه لان
الحكم يضاف الى الوصف الاخير اذا كانت العلة ذات الوصفين اصله مسألة السفينة والقدح الاخير دليله
ما روي عن الصديق رضي الله عنه ان رجلا اقر بين يديه بالزنا مرات فقال اياك والرابعة فانها الموجبة وقد ملك
للمضارب بغير صنع منه بحصول المعتبر السعر وضمان التعدي لا يثبت بغير صنع وهذا ضمان الاعتاق فلا بد من التعدي
لانه ضمان تسبب لانه تصرف في ملكه قصدا واذا لم يجب الضمان فقد احتبست ماليته عنده فيجب السعاية في نصيب رب
المال وهو الف ومائتان وخمسون الف راس المال ومائتان وخمسون من الربح وله ان يعتقه لان المستسعى كالمكاتب
عند ابي حنيفة رح فيكون قابلا للاعتاق فاذا قبض رب المال من الغلام الفا حسب من راس المال لانه مقدم في القسمة فظهر
ان الامة كلها ربح فملك المضارب بعضها فان قلت لماذا جعل الامة راس المال وجميع الولد ربحا قلت لان ما يجب
على الولد من السعاية من جنس راس المال والامة ليست من جنس راس المال فكان جعل الالف من السعاية لراس
المال اولى واذا ملك نصفها نفذت الدعوة وصارت الامة ام ولده لان الاستيلاد اذا صادف محلا يحتمل التملك
لا يتجزى بالاجماع وما يحتمله كذلك وملك المضارب نصيب رب المال منها ويضمنه موسرا كان او معسرا لان ضمان
التملك فلا يختلف باليسار والاعسار ولا يتوقف على الصنع الا ترى ان رجلين لو ورثا امة هي ام ولد لاحدهما انه
يضمن شريكه قيمتها موسرا كان او معسرا بخلاف ضمان العتق لانه ضمان اتلاف فلا بد من الصنع ولم يوجد والمعتبر
في الولد مع انه موسر لعدم الصنع فلان لا يضمن اذا كان معسرا اولى اه والله اعلم

باب المضارب يضارب لما ذكر حكم المضاربة الاولى

شرع حكم المضاربه المضافه المفرده ذكر في هذا حكم المضاربه المركبه والمركب بعد المفرد قوله وهو روايه
عن ابي يوسف لان الدفع على وجه الايداع مملوك له لا على وجه المضاربه فيضمن بالدفع لانه ضاربه مخالفا
قوله وهذا الدفع على وجه المضاربه لان الكلام فيه فيضمن الاول بالدفع والثاني بالاخذ وكان كل واحد منهما
ضامنا كالمودع اذا اودع الوديعه من غيره قوله فكان الحال مراعى قبله اي قبل العمل الحال موقوفا ليس
عمل ضمن والا فلا قوله اثبات الشركه في الربح والربح ملك رب المال في اثبات الشركه في مال الغير بسبب الضمان
فاما قبل الربح والموجود مجرد التصرف فانه ليس بسبب الضمان وهذا لانه انما يصير مضمونا اذا صار مخالفا
وذلك باشراك الغير في ربح ماله ولهذا لا يضمن اذا ابضع او اودع لانه ليس في ذلك اشراك الغير في الربح
قوله وهذا اذا كانت المضاربه صحيحه اي الضمان عليهما عند الربح او بالعمل على الاختلاف المذكور
في المتن فيما اذا كانت المضاربه صحيحه ثم اطلق لفظ المضاربه ولم يذكر ان المراد بها المضاربه الاولى او الثانيه
ليتناول كلامهما فان المراد بها كل واحد منهما سواء كانت الاولى او الثانيه او كلتاهما واما اذا كانتا فاسدتين
فلا ضمان على احد منهما حتى لو هلك المال في يد الثاني فلا ضمان لان الضمان على الاول بسبب اشراك الثاني
في الربح فاذا كانتا فاسدتين فما اثبت الاول للثاني شركه في الربح بل استاجر الثاني ليعمل في مال المضاربه
استئجار الاجير ليعمل في مال المضاربه وجعل الاجر فلا ضمان على احد منهما وكذا اذا كانت الاولى جائزه والثانيه
فاسده فلا ضمان لان الثانيه اذا كانت فاسده لا يثبت للثاني شركه في الربح بل يكون اجيرا وللمضارب ان
يستاجر اجيرا ليعمل في مال المضاربه وكذا اذا كانت الاولى فاسده والثانيه جائزه لان الاولى اذا كانت فاسده
يكون المضاربه الثانيه فاسده لانها لا تفيد الشركه في الربح لان الربح كله لرب المال اذا كانت الاولى فاسده فلا
يفيد الثانيه شركه في الربح وكل مضاربه لا تفيد الشركه في الربح يكون فاسده فان قلت اذا كانت الثانيه فاسده
لفساد الاولى لا ياتي هذا التقسيم ومعلوما اذا كانت الاولى فاسده والثانيه جائزه قلت المراد من جواز
الثانيه في هذه الصوره كون المشروط للثاني من الربح مقدار ما يجوز به المضاربه في الجمله بان كان المشروط
للاول من الربح مائه او نصف الربح مع زياده مائه والمشروط للثاني نصف الربح او ثلثه هذا كله حل الرحمن
قوله ولا يتعرى عن نوع خبث لكونه ناشئا من وجه دون وجه قوله فيتصدق بما فيه الى نصيبه وان لم يكن هو
على قدر نصيبه كاحد الشريكين في العبد اذا باع نصيبه قوله ويطيب لهما ذلك اي للمضارب الاول والثاني يعني
ولو لم يعمل المضارب الاول والمتصرف في المال فيطيب له السدس لانه باشر العقد من ولم يعمل بنفسه شيئا الا ترى انه
لو ابضع المال مع غيره او استعان برب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه
قوله وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان او قال ما ربحت في هذا من شيء او قال على ان ما كان لك فيه
من فضل الربح او قال على ان ما كسبت فيه من كسب او قال على ما ان رزقت فيه من شيء او قال على ان ما صار لك فيه من الربح
فهو بيننا نصفان وان قال فيه اعمل برايك فدفعه الاول الى آخر بالنصف وللمالك الربح او خمسه اسداس

الربح كان ذلك صحيحا وللثاني من الربح جميع ما شرط له والباقي بين الاول ورب المال نصفين لان رب المال بهذه
الالفاظ ما شرط لنفسه نصف جميع الربح وانما شرط لنفسه نصف ما يحصل للاول من الربح لانه اضاف اليه
حرف الخطاب وهو الكاف او التاء بخلاف المساله الاولى فرب المال هناك شرط نصف الربح جميع المال لنفسه اذ ما اضاف
الرزق او الربح لرب المال ولا المضارب الاول كذا في المبسوط فصل هذه مساله تجانس الاولى من حيث اشتراط
المضارب الربح لغيرهما من حيث دخال عبد رب المال في استحقاق الربح فلذلك فصلها بفصل قوله ولعبد رب
المال ثلث الربح فالعقد بعبد رب المال للشرط فان الحكم في عقد المضاربه كذلك اعلم انه اذا شرط بعض الربح لغير
المضارب ورب المال فلا يخلو وهو على وجوه احدها اذا شرط ذلك لاجنبي وفي هذا الوجه ان شرط عمل الاجنبي
فالمضاربه جائزه والشرط كذلك ويصير رب المال دافعا المال الى رجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي فالمضاربه جائزه
والشرط باطل ويجعل المشروط للاجنبي لرب المال والوجه الثاني اذا شرط بعض الربح لعبد المضارب او لعبد
رب المال فان شرط عمل العبد مع ذلك فالمضاربه جائزه والشرط كذلك على كل حال وان لم يشترط عمل العبد مع ذلك
ان لم يكن على العبد دين صح الشرط سواء كان عبد المضارب او رب المال لانه يتعذر تصحيح هذا الشرط في حق
العبد لان الربح انما يستحق براس المال وبالعمل وبضمان العمل ولم يوجد واحد من هذه الاسباب في حق العبد
وامكن تصحيحه في حق مولاه لان ما شرط للعبد يكون لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان على العبد دين فان كان
عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفه لا يصح الشرط ويكون المشروط لرب المال وعندهما يصح الشرط ويجب
الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف والوجه الثالث اذا شرط بعض الربح لمن
لا تقبل شهاده المضارب او رب المال له كالابن والمراه والمكاتب فالجواب فيه كالجواب فيما اذا شرط بعض الربح
لاجنبي والوجه الرابع انما شرط بعض الربح لقضاء دين المضارب او رب المال وهو جائز ويكون المشروط لمن شرط له
قوله ولهذا يجوز بيع المولى من عبده الماذون اي اذا كان مديونا على ما يجيء في الماذون فصل في العزل
والقسمه لما ذكر حكم المضاربه والربح الى الامر الاخر ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمه
مال المضاربه قوله ولو ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربه لانه كالموت حتى يقسم ماله
بين ورثته ويعتق مدبره وام ولده وقبل اللحوق يتوقف مضاربته عند ابي حنيفه على النفاذ بالاسلام او بالبطلان
بالموت او القتل لان عنده لو تصرف رب المال بنفسه يكون موقوفا فكذا المضاربه على حالها عندهما لان عنده
يتوقف تصرفاته لمكان التوقف في املاكه ولا ملك له هنا في مال المضاربه وله عباره صحيحه ولا توقف في
ملك رب المال فبقيت المضاربه قوله فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه
جائز لانه وكيل من جهته ويتوقف عزله اذا علم لان انعزال الوكيل بالعزل القصدي يتوقف على علمه لان
العزل نهي والاحكام المتعلقه بالامر لا يثبت فيها النهي الا بعد العلم دليله اوامر الشرع ونواهيه قوله
لانه يتصرف له اي لان المضارب يتصرف لاجل رب المال فكان تصرف المضارب بمنزله تصرف رب المال فلو تصرف رب المال

فى هذه الصورة لكان تصرفه موقوفا عند ابى حنيفة لا ابتداء فكذا تصرف نائبه **قوله** ولو كان المضارب هو المرتد
فالمضاربة على حالها اى فى قولهم جميعا حتى لو اشترى و باع وربح او وضيع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب
فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان توقف تصرفه عند ابى حنيفة لتعلق حق ورثته بماله
او لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه وهذا المعنى لا يوجد فى تصرفه ومال المضاربة لانه نائب فيه عن رب المال
او هو متصرف فى منافع نفسه ولا حق لورثته فى ذلك فلهذا نفذ تصرفه والعهدة فى جميع ما باع واشترى
على رب المال فى قول ابى حنيفة رحمه الله **قوله** فلان يصححها لا يمنعه العزل الى اخر ذلك معنى هذه المسئلة ان المضارب
الوكيل ثم لما لم يمنعه العزل يجوز له البيع بالنقد والنسيئة واخراج المال الى السفر وان نهاه رب المال عن
ذلك بناء على ان حق التصرف ثابت له فانه يحتاج الى التصرف ليظهر الربح فاذا انهاه عن ذلك فقد ابطل حقه فى
التصرف فلم يصح **قوله** نضت اى صارت ورقا بعد ان كانا متاعا والناض عند اهل الحجاز الدراهم والدنانير كذا
فى المغرب **قوله** لانه بمنزلة الاجير لانه انما استحق الربح بازاء عمله فصار الربح كالاجرة وقد سلم له بدل عمله
وهو الربح فيجبر على تمام العمل استيفاء ما وجب من الديون على الناس **قوله** لئلا يضيع حقه فان قلت
المضارب يجب عليه رد راس المال على الصفة التى اخذ فيجب ان يقبضه حتى يكون الرد مثل ما اخذ وليس الواجب
عليه رفع يده الى التسليم كالمودع فاذا احال به او وكله به فقد ازال يده عنه على هذا الحكم كل بالبيع اذا
امتنع من التقاضى لا يجبر على التقاضى ولكن يجبر على ان يحيل رب المال بالثمن على المشترى وكذا المستبضع واما الذى
يبيع باجر كالسائح والسمسار هو الذى يعمل للغير بالاجر بيعا او شرى فانه يجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة
بحكم العادة فيجبر على التقاضى والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله فهو كالمضارب اذا كان فى المال ربح **قوله**
وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الى قوله براد الربح حتى يستوفى رب المال صورة هذه المسئلة اذا دفع
الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فربح الفا واقتسما الربح فاخذ كل واحد خمسمائة لنفسه وبقى راس المال
فى يد المضارب على حاله حتى هلك او عمل بها فوضع فيها او توى بعد ما عمل بها فان قسمتهما باطلة والخمسمائة التى
اخذها رب المال يحتسب من راس ماله ويغرم المضارب الخمسمائة التى اخذها لنفسه فيكون لرب المال راس المال ولو هلك
فهو من الربح لان الربح لا يتبين قبل وصول راس المال الى رب المال قال صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر
لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم نوافله حتى يسلم له عزائمه او قال فرائضه **قوله**
كما لو دفع اليه مالا اخر وقال اعمل بها على المضاربة التى كانت فيكون هذه مضاربة مستقبلة ولو هلك
المال فى يد المضارب بعد ذلك لا ينتقض القسمة الاولى **فصل فيما يفعله المضارب** ذكر فى هذا الفصل
ما لم يذكره فى الاول من افعال المضارب زيادة للافادة ويبنيها على مقصوده **قوله** الا اذا باع الى اجل لا يبيع
التجار اليه لان له الامر المعتاد فيما بينهم دون ما هو خارج عن عادتهم الا يرى ان له ان يشترى دابة للركوب
وليس له ان يشترى سفينة للركوب لجريان العادة فى الاول دون الثانى وله ان يستاجر بها المكان العادة **قوله**
جاز

جاز ما لم يجاوز اما عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله فلان الوكيل بالبيع يملك ذلك فالمضارب احق لانه شريك فى الربح او لانه
ان يقصر بسرقة فكان اصيلا من وجه الا ان الوكيل يضمن اذا اخر الثمن والمضارب لا يضمن لانه يملك ان يقابل العقد
ثم يبيعه نسيئة والوكيل لا يملك البيع بالنسيئة بعد الاقالة وان ملك الاقالة عندهما فاما عند ابى يوسف
فلان المضارب يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل فانه لا يملك الاقالة وقال فى المبسوط واذا باع المضارب
متاع المضاربة ثم اخر الثمن بعيب او بغير عيب فهو جائز على المضاربة ولا يضمن المضارب بهذا التاخير بخلاف
الوكيل فهناك عند ابى يوسف لا يصح تاجيله فى الثمن وعندهما يجوز ويصير ضامنا للموكل لان المضارب يملك
الشرى بما باع بمثل ذلك الثمن ثم يبيعه بمثله مؤجلا فكذلك يملك ان يؤجله فى ذلك الثمن لانه من صنيع التجار وهو يملك
صنيعهم واما الوكيل فى حق الموكل لا يملك الشرى والبيع بالنسيئة فكذلك تاجيله فى حق الموكل لا يصح **قوله**
ولا الدلال الوكيل اى يضمن اذا اخر الثمن لانه لا يملك ذلك اى لان الوكيل لا يملك الاقالة والبيع بالنسيئة بعدها فلو لم
يضمن الوكيل ما حصل الثمن عندهما واما عند ابى يوسف فلا يملك الوكيل تاخير الثمن فلا يرد فيه الضمان على الضمان
على قول اما عند ابى يوسف فلانه لا يملك الاقالة اى فلان المضارب **قوله** فلو احال الثمن اى قبل المضارب
الحوالة على اجل اعسر من المشترى جاز لانه لو اقال العقد مع الاول ثم باعه بمثله على المحال عليه جاز وكذا اذا
قبل الحوالة **قوله** حيث يعتبر فيها الاطلاق وهذا لان نصرفهما مقيد بشرط النظر فى قبول الحوالة على الاعسر
واما تصرف المضارب فيبنى على عادة التجار **قوله** وهو ما ذكرناه اشاره الى قوله ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد
والنسيئة الى قوله والاصل ما يفعله المضارب **قوله** وما اشبه ذلك اى من انواع الاستدانة وعما يشبهه
ايضا ان راس المال لو كان الف درهم فليس له ان يشترى بالمكيل الموزون المعدود لانه اشترى بغير راس
المال فكان هذا استدانة فلا ينفذ على المضاربة **قوله** لانه يصير المال زائدا بغير رضى رب المال لا يرضى زيادة
مال المضاربة وان كان فيها نفع بمقابلة ضرر بعوضهما وهو شغل الذمة بالدين ولان الاستدانة على المضاربة
تصرف فى غير راس المال المضاربة والتوكيل مقيد براس المال لا يملكها الا المضارب الا ان التنصيص عليه
وعند التنصيص يعتبر هذا التصرف بنفسه فيصير بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة اذ ليس لواحد منهما
فيه راس المال فيكون المشترى بينهما نصفين والدين عليهما نصفين ولا يتغير موجب المضاربة لان هذه شركة
وجوه ضمت الى المضاربة فلم يتغير موجب المضاربة **قوله** واصل السفاتج اى لا يصح اخذ السفاتج
لانه استدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض **قوله** والعتق بمال او بغير مال والكتابة والاقراض والهبة والصدقة
لانها تبرعات محضة **قوله** ولنا ان الشرط هو التخلية وقد تحققت فى الابضاع بوكيل التصرف والتصرف
حق للمضارب فصح التوكيل كما لو وكل اجنبيا والماضى وكيلا لم يكن اخذه استردادا بل استعان به رب المال الى
المضارب فصار كان المضارب عمل بنفسه فلم ينقض المضاربة بخلاف ما لو شرط عمل رب المال ابتداء لان ذلك يمنع
التخلية التى هى شرط صحة المضاربة **قوله** بخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لانه

المضاربة الثانية ولا تفسد المضاربة الأولى عندنا ويكون الربح بينهما على ما شرطا في المضاربة وقال زفر
تفسخ المضاربة الأولى إذا دفع المال إلى رب المال لما مر ولنا أن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل
المضارب ولا مال للمضارب هنا فتجويزها يؤدي إلى قلب الموضوع فإذا لم تصح الثانية بقي عمل رب المال
بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى قوله جزاء الاحتباس الأصل أن النفقة إنما تجب بالاحتباس كالمرأة
تستوجب النفقة باحتباسها في منزل الزوج والقاضي يستوجب الكفاية في مال بيت المال لكونه محبوسا
لمصالح العامة والمضارب في بلده ساكن بالسكنى الأصلي لا للمضاربة فلم يكن نفقته في المال فأما إذا سافر
فقد صار محبوسا بالعمل للمضاربة فوجبت النفقة في مال المضاربة لأجل الاحتباس به وهذا بخلاف الأجير
لأنه يعمل ببدل فكان البدل الحاصل له بمقابلته فلا يتضرر بالإنفاق في مال نفسه أما المضارب فيستحق الربح والربح
قد يحصل وقد لا يحصل فلو وجبت النفقة في مال المضاربة كيلا يتضرر بالإنفاق من مال نفسه وبخلاف
المضاربة الفاسدة لأنه أجير فلا يستوجب النفقة وبخلاف البضاعة لأنه متبرع بالعمل فلا يجب له النفقة
وبخلاف الشريك لأنه لم يجر التعارف أن الشريك العامل ينفق على نفسه من مال الشريك الآخر قوله والنفقة
هي ما تصرف إلى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا من الطعام والشراب والكسوة ومن ذلك غسل الثياب
وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج إليه كالحجاز وأجرة الحمام فإن قلت أجر
الحمام والحلاق مما لا يحتاج إليه في عموم الأوقات والنفقة مما لا بد للإنسان منه في عموم الأوقات فينبغي
أن لا يكون واجبا كأجر الحجام والفصاد قلت إنما أوجبناه في المضاربة لأنه من صنيع التجار فإنهم يحلقون
رؤوسهم ويطلقون شواربهم وإذا لم يغسلوا ثيابهم ويقصوا شعورهم لم يرغب الناس في المتابعة
معهم فإن الإنسان متى كان طويل الشعر ووسخ الثياب يعد من المفاليس الصعاليك فلا يعامل معاملة ومتى كان
نظيف الثياب نقي الأطراف يعد من المياسير فيكثر معاملوه فاندرج أجر الحمام والحلاق تحت النفقة بهذا الاعتبار
فإنما ينطوي جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتبارا للمعتاد فيما بين التجار قوله حسب
ما أنفق على المتاع على الأجرة لأن الأصل أن كل مؤونة تعارف التجار إلحاقها برأس المال في بيع المرابحة فللمضارب
أن يضم ذلك إلى رأس المال في بيع المتاع مرابحة على الكل بالأسامي وكل مؤونة لم يتعارفوا إلحاقها برأس المال فليس
للمضارب أن يضمها إلى رأس المال وقد تعارف التجار إلحاق ما أنفقوا على المتاع برأس المال ولم يتعارفوا
إلحاق ما أنفقوا على أنفسهم برأس المال لأن كل ما يزيد في عين المبيع كالصبغ ونحوه أو في قيمته كالحمل لأن
القيمة تختلف باختلاف الأماكن يلحق به والأول يوجب زيادة في القيمة قوله فإن كان معه ألف فاشترى
بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة على المضاربة
بعد استغراق رأس المال فلم ينفذ على رب المال إذا لم يصرح بالإذن فيها وهو متبرع وكذا إذا أدى المضارب
من ماله في ثمن ما اشترى بمال المضاربة فهو متطوع منه ويلزمه الزيادة عليه في ماله دون مال المضاربة

لأنه لو لزم المضاربة لصار مستدينا على رب المال بغير رضاه وهو لا يملك ذلك فيبيع مرابحة على الثمن دون
الزيادة قوله وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولم يضمن المتاع لأنه خلط ماله بمال المضاربة
إذ الصبغ عين مال قائم فلو بيع المتاع كان يخص قيمة الصبغ للمضارب وما يخص الثوب الأبيض على المضاربة
حتى إذا كانت قيمة المتاع غير مصبوغ ألفا ومصبوغا ألفا ومائتين كان الألف للمضاربة وما سواه هو
للمضارب بدل ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة والحمل لأنه ليس للمضارب عين مال قائم في المتاع حتى يكون
بعض الثمن بإزائه فكان جميع الثمن للمضاربة ألا ترى أن الغاصب لو صبغ لم يضمن ماله ولو قصر لضاع ذلك
وإذا صار شريكا بالصبغ لم يضمن المتاع لأن قوله اعمل برأيك فيه إذن له ولأنه الخلط والشركة ولولا ذلك
لكان لرب المال أن يضمنه والتخصيص بالحمرة لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة فأما سائر الألوان فمثل
الحمرة فصل آخر مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة التي لا بد للمضاربة منها
قوله فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى المضارب بزا وباعه بألفين ثم اشترى بالألفين عبدا ولم ينقد الثمن حتى
ضاع الألفان في يده يغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة
أرباعه للمضاربة لأن المضارب لما باع البز بالألفين ظهر الربح بقدر ألف درهم فملك المضارب نصفه وهو خمسمائة
فإذا اشترى بالألفين عبدا صار ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه لرب المال فإذا هلك الثمن كان ما يخص الربع
على المضارب وما يخص ثلاثة الأرباع على رب المال والربح الذي صار للمضارب خرج عن المضاربة لأنه صار مضمونا
على المضارب ومال المضاربة يكون أمانة وبينهما منافاة وبقي ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه لا ضمان
رب المال لأمانة في المضاربة وصار رأس المال ألفين وخمسمائة لأن رب المال دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة ولا
يبيع العبد مرابحة إلا على ألفين لأنه اشترى بألفين فإن باع العبد بأربعة آلاف فصار ربع الثمن وهو ألف للمضارب
لأنه بدل ملكه وثلاثة أرباعه وهي ثلاثة آلاف درهم للمضاربة يرفع رأس المال وذلك ألفان وخمسمائة ويبقى خمسمائة
ربح بين المضارب ورب المال قوله وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه إياه
من المضارب بألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة وإن اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه
رب المال مرابحة بألف ومائة لأن أصله أن بيع المرابحة يمتنع بشبهة الخيانة كما يمتنع بحقيقتها ولهذا لا يباع المأخوذ
صلحا مرابحة لشبهة الحط فإذا اشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه بألف من المضارب فإنما اشترى المضارب
لرب المال لأنه وكيله وشراء الإنسان من نفسه باطل لكن لما كان فيه فائدة للمضارب حكمنا بصحة الشراء عندنا خلافا لزفر
وتعتبر شبهة بطلان البيع فاعتبر أقل الثمنين في المرابحة لما بني على الاحتياط وفي المسألة الثانية وقع العقد
أن لرب المال لم يقع للمضارب منه إلا قدر مائة فوجب اعتبار هذه المائة وفيما وقع لرب المال لم يعتبر الربح
لما مر من احتمال بطلان العقد الثاني وقد مر تقريره في البيوع قوله فقتل العبد رجلا خطأ فإنهما إن شاءا دفعا
أو فديا فإن دفعا العبد انتهت المضاربة لأن العبد بالدفع زال عن ملكهما بلا بدل وكذا لو فديا خرج العبد

عن المضاربة اما حصة المضاربة فلانه يقرر ملكه فيه بالفداء فصار كالقسمة واما حصة رب المال فلانه
انما سلم له بضمان الفداء وانه ليس بحكم المضاربة ولان الفداء بانقسام الفداء عليهما يصير قسمة على العبد
بينهما لان الخطاب بالفداء يوجب سلامة ما فدى للمفادي ولا سلامة الا بالقسمة بخلاف ما مر لان كل
الثمن على المضارب لانه العاقد وان كان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة فلا حاجة الى القسمة
ولان العبد بالجناية صار كالزايل عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفداء كأنهما اشترياه
والفداء عليهما ارباعا بحسب ما على المضارب ربعه وثلاثة ارباعه على رب المال لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره
وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه اذا صار المال عينا واحدا فقد ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال
براس ماله ثم العبد لهما لا على المضاربة يخدم المالك ثلاثة ايام والمضارب يوما والمضارب متطوع ان فدى
فان فدى احدهما نصيبه ودفع الآخر صح لان كل واحد منهما مالك محض فصار كالعبد المشترك **قوله**
وراس المال جميع ما دفع بناء على ان المال في يد المضارب امانة لان يمين المضارب على الامانة والاستيفاء
انما يكون بقبض مضمون فلو جعل قبضه على الاستيفاء لصار ضامنا وهو مضارب فابطلنا جعل قبضه
على جهة الامانة دون الاستيفاء فاذا هلك كان الهالك على رب المال بخلاف الوكيل لانه امكن جعله مستوفيا
لان الضمان لا ينافي الوكالة الا ترى ان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب جاز ويكون مضمونا عليه
حتى لو هلك في يده يهلك بجهة الضمان فاذا اشترى العبد بالف وجب للبائع على الوكيل الثمن ووجب للوكيل على
الموكل مثله فاذا استوفى حقه من الموكل جعل قبضه على جهة الاستيفاء لا على جهة الامانة فاذا استوفاه
ثم لم يبق الحق اصلا فاذا هلك المقبوض كان الهالك عليه لا محالة ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما
اذا اشترى ثم دفع اليه الموكل الثمن فهلك لا يرجع به على الموكل لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشرى لانه بالشرى
وجب الثمن على الموكل فجعل مستوفيا بالقبض بعده فلا يرجع اما المدفوع اليه قبل الشرى فامانة في يده
وهو دائم على الامانة بعده لانه لم يوجد بعد الشرى ما يوجب ان يكون مضمونا فلم يصر مستوفيا فاذا هلك
يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء بالمرة **فصل في الاختلاف** لما ذكر احكام مسائل الاتفاق
فيما بين رب المال والمضارب شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما لان الاصل هو الاتفاق والاختلاف انما
يبتنى على تصادمهما والاصل هو ان يصدق المسلم المسلم **قوله** وفي مسئلة القول قول القابض بناء
على ان حاصل اختلافهما في مقدار المقبوض والقابض احق بمعرفة مقدار المقبوض الا ترى ان القول قول
الغاصب في مقدار المغصوب فلان يقبل قول الامين اولى لهذا كان القول له لو انكر القبض اصلا فكذا في
مقداره **قوله** ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح يعني اختلف رب المال والمضارب في راس المال
والربح فقال رب المال راس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لي نصف
الربح فالقول للمضارب في قدر راس المال لكونه قابضا والقول قول رب المال فيما شرط له من الربح لانه يستفاد

شرطه وهو منكر للشرط وايهما اقام البينة على ما ادعاه قبلت بينته لان رب المال يدعي فضلا في راس المال
والمضارب يدعي فضلا في الربح والبينات شرعت للاثبات **قوله** قال رب المال هي بضاعة او وديعة
فالقول لرب المال والبينة للمدعي لان المضارب يدعي عليه التملك من جهته وهو ينكر فكان القول للمنكر
قوله ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها اعلم انه لو ادعى المضارب
العموم في كل تجارة وادعى رب المال الخصوص في نوع فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم فكان القول
لمن يتمسك بالاصل والدليل على هذا الاصل انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح ويملك به جميع
التجارات ولو لم يكن مقتضى مطلق العقد العموم لم يصح بدون التنصيص وقال زفر القول لرب المال
لان الاذن يستفاد من جهته فصار كالوكالة قلنا الاصل في الوكالة الخصوص **قوله** ولو ادعى كل واحد
نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على الخصوص فاعتبر قول من يستفاد الاذن من جهته والبينة
للمضارب لاحتياجه الى نفي الضمان **قوله** ولو وقتت البينتان وقتا بان قال رب المال في دعوى الخصوص
دفعت اليك الفا مضاربة في بز في رمضان واقام على ذلك بينة وقال المضارب دفعت الي الفا في سوق الطعام
واقام على ذلك بينة وكل بينة شهدت بالوقت كما لو دعوى المدعي كانت بينة المضارب اولى لان
الثاني ناسخ **كتاب الوديعة** هذه الكتب اعني الوديعة والعارية
والهبة والاجارة ظاهر التناسب فانه ترقى من الادنى الى الاعلى فالوديعة بلا تمليك شيء ثم ترقى منه الى
تمليك منفعة ثم الى تمليك عين بلا عوض ثم الى تمليك منفعة بعوض ومناسبة اتصال الوديعة بما قبلها
من حيث الاقرار والايداع تسليط الغير على الحفظ اي شيء كان مالا او غير مال لغة فقال اودعت
زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما
وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وتسليط الغير على حفظ المال شريعة
وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال
امانة عنده وشرعيته بالكتاب قال الله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واداء الامانة
لا يكون الا بعدها والسنة قال النبي صلى الله عليه وسلم كان يودع ويستودع واجماع الامة فالصحابة
ومن بعدهم الى يومنا يودعون ويستودعون لان قبول الوديعة من باب الاعانة وهي مندوبة لقوله تعالى
وتعاونوا على البر والتقوى ولقوله صلعم ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه **قوله**
الوديعة امانة فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوز بينهما المبتدأ والخبر
ولا يجوز اتحاد اللفظين المراد منهما مبتدأ وخبرا الا على طريق التفسير وليس المراد ههنا تفسير الوديعة
بالامانة قلت جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة وحمل العام على الخاص صحيح دون
عكسه **قوله** وليس على المستودع غير المغل ضمان والمغل الخائن لاغلال الخيانة ولان المودع

يبرع في حفظها والتبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع اذ لو اوجب لامتنع الناس عنه وفيه تعطيل مصالحهم
وان سرقت الوديعة عند المودع ولم يسرق معه مال آخر للمودع لم يضمن عندنا الا انا وعند مالك رح
يضمن للتهمة قوله وللمودع ان يحفظها بنفسه ومن في عياله كزوجته او ولده او اجيره والعبرة
في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة حتى لو اودعت المراة وديعتها الى زوجها لا تضمن فان لم يكن الزوج
في نفقتها اذا كان ساكنا معها والابن الكبير اذا كان يسكن مع المودع ولم يكن في نفقته يخرج وترك المنزل
على الابن لا يضمن الوديعة والمراد التلميذ الخاص الذي استاجره مشاهرة او مسانهة فاما الاجير مياومة
فكسائر الاجانب يضمن بالدفع اليه لان المطلوب حفظ الوديعة على وجه يحفظ مال نفسه والانسان
يحفظ ماله بنفسه مرة وبمن في عياله مرة فمتى اتى بالحفظ المعتاد لم يكن جانيا ولا يضمن وهذا اذا علم المودع
ان من في عياله امين واما اذا علم انه ليس امينا لا يجوز الدفع اليه ولو دفع ضمن ولانه لا يجد بدا منه فاذا خرج من داره ولم يجد
ما يمكنه ان يحملها مع نفسه فيضطر الى ان يجعلها في بيته فاذا جعلها في بيته صار في يد امراته حكما
وكان هذا امرا لا بد له منه فصار مأذونا فيه دلالة قوله لان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل
غيره بخلاف المستعير لانه مالك وكان امينا في غيره قوله والوضع في حرز غيره ايداع بناء على ان
الحرز في يد ذلك الغير فصار بالوضع مسلما اليه الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه فلا يضمن
قوله وان خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها اعلم ان الخلط على اربعة اوجه خلط بطريق
المجاورة مع تيسر التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز وانه لا يقطع
حق المالك بالاجماع لتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه بلا حرج وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز
كخلط الحنطة بالشعير وذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان لانه لا يصل المالك الى عين ملكه الا بحرج
والمتعسر كالمتعذر ولان الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فيتعذر
التمييز حقيقة وحكما وايضا بالقسمة لاختلاف الجنس لان القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروع وقيل
لا يقطع حق المالك عن المخلوط بالاجماع هنا ويكون له الخيار وقيل القياس ان يصير المخلوط ملكا للخالط
عند ابي حنيفة وفي الاستحسان لا يصير وخلط الجنس بخلاف الجنس ممازجة كخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير
جنسه وانه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لان هذا الخلط استهلاك حقيقة لانه اعجز
المالك ان يصل الى حقه وكذا حكما لتعذر القسمة بخلاف الجنس وخلط الجنس بالجنس ممازجة او مجاورة
كخلط دهن اللوز بدهن اللوز او دهن الجوز بدهن الجوز واللبن باللبن او الحنطة بالحنطة او الشعير بالشعير
او الدراهم البيض بالدراهم البيض او السود بالسود فعند ابي حنيفة هو استهلاك مطلق لا سبيل
لصاحبه الا تضمين المودع وصار المخلوط ملكا للخالط وعندهما المالك بالخيار ان شاء ضمن الخالط مثله
وان شاء شاركه في المخلوط بقدر قولهما ان الخلط استهلاك من وجه دون وجه لانه يجد هذا الخلط ان

تعذر على المالك الوصول الى عين ماله حقيقة لم يتعذر حكما بالقسمة اذ القسمة فيما يكال او يوزن افراز وتعيين
بالاجماع ولهذا لكل واحد من الشريكين ان ياخذ حصته بنفسه بلا رضا وقضاء واذا كان استهلاكا من وجه
دون وجه فان شاء مال الى جانب الهلاك وضمنه مثله وان شاء مال الى جانب القيام وشاركه في المخلوط
وتقرير ما قاله ابو حنيفة انه استهلاك من كل وجه لانه يتعذر على المالك الوصول الى عين ماله حقيقة
وليس الاستهلاك الا هذا لان اعدام المحل لا يتصور منا ولهذا كان له حق التضمين بالاجماع وهو امارة الاستهلاك
واما القسمة فليست موصلة الى عين حقه ولكن جعلت طريقا للانتفاع بطريق الضرورة بناء على
قيام الشركة واذا كانت بناء على الشركة لا يصلح العلة ان تكون علة العلة وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا ابرأ الخالط
فعند ابي حنيفة لا يبقى له على المخلوط سبيل لانه لا حق له الا في الضمان وقد بطل بالابراء وعندهما يسقط حق
الضمان ويتعين له الشركة في المخلوط وهذا اذا خلط الدراهم بغير اذنه فاما اذا انها بجواب ابي حنيفة رح
لا يختلف بل يقطع الملك بكل حال وعن ابي يوسف رح انه جعل الاقل تابعا للاكثر وقال محمد رح شركه بكل حال
لان الجنس لا يغلب الجنس عنده كما اذا شرب صبي لبن امراتين وكذا ابو يوسف رح في كل مائع خلطه بجنسه
يعتبر الاكثر وابو حنيفة يقول بانقطاع حق المالك في الكل ومحمد بالشركة في الكل قوله وان اختلطت بماله
بغير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيس في صندوقه فاختلطت دراهمه فانه لا يضمن لعدم
الصنع الموجب للضمان منه فيشتركان بالاتفاق وهذه شركة اختلاط حتى لو هلك بعضها هلك من مالهما
ويقسم الباقي بينهما على ما كان لكل واحد منهما قوله فان انفق المودع بعضها ضمن ما انفق منها ولم يضمن
كلها وعند مالك والشافعي رح يضمن ضامنا للكل لانه بالخيانة زالت الامانة فيحمل الغرامة ولنا ان الفعل
يتعدد الخيانة وقد حاز في البعض دون الكل فان جاء بمثل ما انفق فخلطه صار ضامنا لجميعها لانه صار
مستهلكا للكل بالخلط وهذا لان ما انفق صار دينا في ذمته وهو لا يتعين بقضاء الدين بغير محضر من
صاحبه فيكون خلطا بما في ملكه بنفسه وهو موجب للضمان عليه ثم يد المودع كيده لكن فيما فوض اليه
وهو الحفظ لا في الخلط قوله وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة قد ارتفع
بالخلاف بدلالة صيرورة المحل مضمونا عليه والضمان والامانة لا يجتمعان فاذا صار ضامنا لم يبق
امينا واذا ارتفع العقد لا يعود الا بسبب جديد ولم يوجد فلا يبرأ عن الضمان ولنا ان الايداع مطلق
فكان باقيا بعد الخلاف وهذا لانه قال احفظ مالي وهذا اللفظ يتناول جميع الاوقات ما قبل وما بعده
ولم يبطل بالخلاف لان بطلان الشيء بما يوضع لابطاله او بما ينافيه والاستعمال ليس بموضوع لابطال الايداع
وهو لا ينافيه ولهذا صح الامر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل له
واذا كان الامر بالحفظ باقيا فبتقرر وبترك التعدي الى نائب المالك اعني نفسه فلا يضمن بالهلاك قوله العقد
قد ارتفع قلنا ارتفاع العقد ما كان باعتبار معنى ينافي العقد بل ضرورة فوات موجب العقد وهو الحفظ

للمالك اذا كان الغواث ضرورياً فيتقدر بقدر الضرورة فبطل ارتفاع العقد في قدر ما وجد الخلاف فيه وفيما على صح
وراءه بقي كما كان وهو كمن استاجر رجلاً ليحفظ متاعه شهراً فترك الحفظ في بعض الشهر ثم حفظه
في الباقي فان العقد يرتفع بقدر ما وجد الخلاف وفيما وراءه بقي على ما كان فكذلك هنا واما المستاجر والمستعير
اذا تعدى ثم ازال التعدي لم يبرأ من الضمان خلافاً لزفر رحمه الله اعتباراً بالوديعة ولنا ان البراءة انما تكون
بالاعادة الى يد المالك حقيقة او تقديراً ويد المستاجر والمستعير يد نفسه فانه يستوفي المنافع المملوكة
له من المحل والمالك فيما يتصرف في المحل يكون عاملاً لنفسه لا لغيره فلا يبرأ عن الضمان قوله فان طلبها
صاحبها فجحدها ضمنها معناه ان المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالامساك بعده غاصب
فيضمن فان عاد الى الاقرار بعد جحوده عند المالك لم يبرأ عن الضمان لان العقد ارتفع فلا يعود الا بالتجديد
ولم يوجد فلا يبرأ عن الضمان وهذا لان المطالبة بالرد رفع من جهة المالك وفسخ من جهة المودع كجحود الوكيل
الوكالة وجحود احد العاقدين البيع فتم الرفع منهما ولان المودع ينفرد بعزل نفسه بحضرة المالك كالوكيل
يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا انفسخ العقد لا يعود الا بعقد آخر لان المنفسخ لا يعود الا بالتجديد قوله
بخلاف الخلاف اي بخلاف ما تقدم العود الى الوفاق لان العقد باق اذ الخلاف ليس برد للامر لان الامر قول ورد
القول بقول مثله اما الجحود فهو قول ورد للامر لان الجاحد يكون مبطلاً للعقد ان المالك في ملكه او يكون مأموراً
بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه ان امر الشرع فالجحود فيها رد حتى ان انكار امر الله كفر والخلاف لا يكون
رداً حتى لو ترك صوماً وصلوة لا يكفر قوله ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها بان قال له ما حال
وديعة فلان فقال ليس لفلان عندي وديعة او جحدها في وجه المودع من غير ان يطالبه بالرد بان قال
ما حال وديعتي عندك ليشكر على حفظها فجحدها وعند زفر يضمن لان الجحود سبب الضمان سواء كان عند المالك
او عند غيره كالاتلاف حقيقة ولنا ان الجحود عند غيبة المالك من الحفظ لانه يقطع به طمع الطامعين ولانه
لم يضمن به ولانه ما عزله عن الحفظ وهو لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه لان العقد ما قام به وحده
وانما قام بهما فلا يرتفع الا بهما فبقي العقد باعتباره فيكون يده كيد المالك في العين قوله وان
كان له حمل ومؤنة الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء ومنه ماله حمل ومؤنة يحمل ماله ثقل يحتاج الى
ظهر واجرة حمال كذا في المغرب قوله وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لان المطلوب منه
الحفظ المتعارف وذلك في الاكنة والبيوت دون المفاوز لان اسباب الصيانة مهيأة في الامصار
من كل وجه وفي غيرها مهيأ من وجه دون وجه بل فيها تعريض لها على التوى لقوله صلى الله عليه وسلم
المسافر وماله على قلت الا ما وقاه الله وهو سبب الضمان ولهذا لو استاجر رجلاً ليحفظ متاعه
شهراً ثم سافر بالمال يضمن والى يوسف ومحمد انه يلزم صاحبها مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة
ولا ولاية له في الزام المؤنة عليه لان فيه اضراراً عليه ولابي حنيفة ان الامر بالحفظ صدر مطلقاً من غير

تقييد بالمكان فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان دون زمان والمفازة محل للحفظ اذا كان
الطريق امنا ولهذا لا يقصده احد غالباً ولم ينهه المودع عنها فاذا كان كذلك كان الحفظ في المفازة كالحفظ
في المصر والكلام فيه حتى لو لم يكن الطريق امنا او بحراً يضمن ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصغير مع
ان ولايتهما نظرية وما يلحق المالك من المؤنة فهو ضرورة امتثال الامر فلا يعد ذلك اضراراً به والمعتاد
كونهم في المصر حفظهم فيه ومن يكون في المفاوز يحفظ ماله فيها كاهل الخيام والاخبية بخلاف الاستئجار
لانه عقد معاوضة فاقتضى التسليم في مكان العقد وهذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل
اطلق الحفظ اطلاقاً فان عين المالك عليه الحفظ في المصر فسافر ان كان يسافر له منه بد ضمن وان كان سافر
كان صح لا بد له منه فان امكنه الحفظ في المصر مع السفر بان امكنه ان يترك واحداً من عياله مع الوديعة في المصر
ضمن وان لم يمكنه ذلك لا يضمن قوله وان اودع رجلان عند رجل الفاً فغاب احدهما فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه
عنده وقالا له ذلك وذكر المشايخ من قال الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال وفيما هو من ذوات القيم سواء والصحيح
ان الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال كالمكيل والموزون وفيما عداهما من الثياب والدواب والعبيد فليس
للحاضر ان ياخذ نصيبه بالاجماع لهما ان لكل واحد منهما ان يطالب المودع بنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه
نصيبه بغيبة الاخر كالشريكين في الدين اذا حضر احدهما كان له ان يطالب المديون بنصيبه ويقبض نصيبه وهذا
لان الحاضر طلب منه تسليم نصيبه فيلزمه التسليم ولهذا كان له ان ينفرد باخذ نصيبه مع غيبة صاحبه
فكذا للمودع ان يدفع اليه نصيبه ومذهب ابي حنيفة رحمه الله مروي عن علي رضي الله عنه ولانه لو دفع شيئاً الى الحاضر
فاما ان يكون المدفوع من نصيبهما او من نصيب الحاضر خاصة لا وجه الى الثاني لانه لا يكون الا بعد قسمة معتبرة وليس
للمودع ولاية على الغائب في القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع حتى لو اخذ نصيبه ثم هلك الباقي في يد
المودع ثم حضر الغائب له ان يشارك في المقبوض فيثبت ان القسمة ليست نافذة ولا وجه الى الاول لان المودع يصير
دافعاً مال الغير بغير اذنه وانه لا يجوز وما كان للحاضر ان ياخذ نصيبه لا يكون للمودع ان يدفع حصته الا ترى ان
رب الدين اذا ظفر بمودع المديون ليس له ان يقضي دينه من الوديعة لا يؤمر المودع بذلك وان كان لرب الدين ان ياخذه اذا
ظفر به وهو من جنس حقه وهذا بخلاف الدين المشترك لان المديون انما يقضي الدين من ملكه بنفسه اذ الديون
تقضى بامثالها لا باعيانها فيقع نصيب الحاضر اليه تصرف في ملكه وليس فيه قسمة على الغائب اما المودع فيدفع
مال الغير الا ترى ان الرجل اذا غاب وله عند انسان وديعة ودين فجاء رجل فقال ان فلاناً وكلني بقبض دينه
وبعض ماله عليك فصدقه المودع امر بتسليم الدين دون الوديعة وفي حكاية ان رجلين دخلا الحمام
واودعا عند الحمامي الفاً فخرج احدهما وطلبه فاعطاه فخرج الاخر وطلب فتحير الحمامي فذهب الى
ابي حنيفة رحمه الله فقال له ابو حنيفة قل لهما كلاكما اودعتماني فلا اعطيك حتى يحضر صاحبك فانقطع وبرئ الحمامي قوله
ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه بناء على ان المالك رضي بحفظهما واجتماعهما على حفظ الكل

سعة رفقوه ان القسمة لان المالك اذا اودعهما مع علمه بانهما لا يقدران على ان يتركا جميع اشغالهما ويجتمعا
في مكان واحد للحفظ فقد صار راضيا بقسمتهما وحفظ كل واحد منهما النصف دلالة والثابت بها كالثابت
نصا قوله وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الاخر وهذا عند ابي حنيفة وكذلك الجواب في
المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الاخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الاخر في الوجهين بناء على
ان المالك رضي بامانتهما فهذا الذي دفعه اليه كان المالك راضيا بثبوت يده عليه وحفظه له كما فيما لا يقسم
ولابي حنيفة ان المالك رضي بحفظهما لا بحفظ احدهما كله وهذا لان الاصل في فعل الاثنين اذا اضيف الى
ما لا يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض لا الكل الى الاخر ولم يرض المالك به فيضمن ولا يضمن القابض بناء على ان
مودع المودع لا يضمن عنده فاما فيما لا يقسم فالمالك رضي بثبوت يده على الكل لان المالك اذا اودعهما مع علمه
انهما لا يجتمعان على حفظه اناء الليل والنهار وامكنهما المهايأة فقد صار راضيا بحفظ كل واحد منهما لجميعه
قوله وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله بان قال لا تدفعها الى امرأتك او عبدك او ولدك
وهم في عياله فانه اتهم عليها فدفعها الى من نهاه عنه فهلكت فان كان يجد بدا من الدفع اليه بان كان له سواه
اهل وخدم فهو ضامن وان كان لا يجد بدا من ذلك لم يضمن لان شرطه مفيد فيعتد بامر الانسان الرجل على المال
ولا يأمن عياله الا انه انما يلزمه مراعاة شرطه بحسب الامكان فان كان يجد بدا من الدفع الى من نهاه عنه فهو متمكن من
حفظها على الوجه المامور به فيضمن بحفظها على الوجه المنهي عنه وان كان لا يجد بدا من ذلك لم يضمن لانه لا يمكنه الحفظ
الا به فلم يمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فلم يعتبر التقييد فبطل وصار كانه قال لا تحفظ لانه اذا لم يمكنه
الحفظ دونه صار النهي عن الدفع اليه كالنهي عن الحفظ فصار منافيا لاصله وهذا كما اذا دفع دابة وقال لا تدفعها
الى غلامك او نهاه عن الدفع الى امرأته والوديعة شيء يحفظ على يد النساء والرجل لا يجد بدا عنهما فهذا الشرط
مناقض لاصله فصار باطلا قوله وان حفظها في دار اخرى ضمن اعلم ان الاصل في هذا ان الشرط انما يصح اذا
كان مفيدا والعمل به ممكنا والنهي عن الوضع في دار اخرى مفيد لان الدارين تختلفان في الحرز والحفظ فصح
الشرط وصح النهي لانه مفيد وامكن العمل به فاما البيتان في دار واحدة فقلما يختلفان في الحرز فالمتمكن
من الاخذ من احد البيتين يكون متمكنا من الاخذ من البيت الاخر فصار الشرط غير مفيد وتعذر العمل به ايضا فلا
يعتبر كما لو قال احفظها بيمينك دون يسارك الا ترى انه لو قال احفظها في هذا الصندوق في هذا البيت فحفظها
في صندوق اخر في ذلك لا يضمن لان نفس الصندوق في هذه الصورة شرط لا يفيد لان الصندوقين في بيت واحد
لا يتساويان حتى لو ظهر التفاوت بين البيتين يضمن كما قال في المتن قوله وللمالك ان يضمن ايهما شاء لان
الاول جان بالتسليم بغير اذن المالك والثاني متعد بالقبض بغير اذن المالك فللمالك ان يضمن ايهما شاء كغاصب
الغاصب ومودع الغاصب والمشتري من الغاصب فان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه بالضمان ملكه فتبين
انه اودع ملك نفسه وقد هلك في يد المودع وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه في القبض والحفظ كان عاملا له

فيرجع عليه بما ضمن بسببه ولابي حنيفة رحمه الله ان المال وصل الى الثاني من يد امين فلا يضمن كما لو فعله بامر صاحب
المال وهذا لان الضمان لا يجب بمجرد الدفع ما لم يفارقه لان الحفظ لا يفوت ما دام في مجلسه والمالك انما رضي بحفظه ورأيه
لا بصورة يده لانه لو سلمها اليه ليحفظها بحضرته فهلكت لم يضمن واحد منهما فصار بنفس الايداع الذي لا يقطع
رأيه ولا يبطله لا يضمن به فاذا فارق الاول الثاني فانما يضمن الاول لانه صار مضيعا بترك الحفظ الملتزم بالعقد حين
فارقه واما الثاني فما ترك الحفظ بعد الافتراق بل الامر استمر على الحالة الاولى لم يفوت حفظا التزمه بعقد ولم يوجد منه
صنع يجب به الضمان بعده فلا يضمن فصار هذا في حقه كثوب هبت به الريح والقته في حجره فاذا هلكت من غير صنعه
لا يضمن فلو قيل الاول انما يصير مضيعا بالمفارقة لان الثاني لا يصلح حافظا وامينا والا لا يضمن كما لو اودعه عند عياله
وفارقه فاذا ضمن الاول بالترك عند الثاني كان من ضرورته ان يضمن الثاني قلت رب المال لو قال [illegible] ان يدفعه الى فلان لكن
شرط الايداع ثم المفارقة ضمن الاول دون الثاني وهذا امر مسلم فصار الثاني مودعا مستودعا في حق نفسه لانه لما لم يقبض
الايداع ضامنا بل صار داخلا في امانته وعند حضرته حصلت الوديعة في يد الثاني امانة فلا يضمن بالهلاك قوله مسائل ومن كان
في يده الف فادعاه رجلان كل واحد منهما يدعي انه له اودعه اياه فابى ان يحلف لهما وعليه الف اخرى بينهما لانه صح دعوى
كل واحد منهما فتوجهت اليمين لهما وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لان كل واحد منهما ادعاه بانفراده والمسألة
على اربعة اوجه لانه اما ان يحلف لكل واحد منهما او يحلف للاول وينكل للثاني او بالعكس او ينكل لهما فان حلف لكل واحد
منهما فلا شيء لهما وان حلف للاول ونكل للثاني فالالف له بذلا او باقراره وان نكل للاول وحلف للثاني فالالف للاول
ولا شيء للثاني وان نكل للثاني ايضا فالالف بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما كل الالف كالبينة بحجة غيره فاذا
مر به الثاني فقد صرف نصف نصيب هذا الى هذا ونصف نصيب هذا الى هذا فيغرم ذلك وينبغي للقاضي ان لا يقضي
بالنكول للاول حتى يحلف للثاني ليظهر له وجه الحكم وهذا بخلاف ما اذا اقر لاحدهما فانه يقضي بالالف للمقر له لان الاقرار
حجة موجبة بنفسه لا يتوقف على القضاء [illegible] للاول بعد الحلف يتوهم بالتسليم اليه واما النكول فانما يصير حجة بالقضاء
باعتباره بذلا او بدلا [illegible] للاول لم يستحلف له فلا يقضي له فلو قضى القاضي للاول حين نكل مع انه ليس له ذلك لا ينفذ
قضاؤه حتى لو حلفه للثاني بعده فنكل يكون الالف بينهما ويغرم الفا اخرى بينهما لان تقديم اليمين لاحدهما اما ان يقع
باختيار القاضي لان للقاضي ان يبدأ باينهما شاء لتعذر الجمع بينهما وعدم الرجحان لاحدهما واما بالقرعة تطييبا لقلبهما
ونفيا لتهمة الميل وكل واحد منهما لا يصلح لابطال حق واثبات حق فلم يكن القضاء للاول مبطلا حق الثاني وصحح
الخصاف المسألة في العبد وقال لو قضى بنكوله للاول نفذ قضاؤه لان القضاء وقع في محل الاجتهاد فان من العلماء من قال
بان المدعى عليه متى نكل لاحدهما فالقاضي يقضي به للاول ولا يشتغل بتحليفه للثاني لان النكول اقرار ثم التحليف للثاني
لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وينبغي ان يحلف عند محمد رحمه الله بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا
وكذا ولا اقل منه وعند ابي يوسف لا يحلفه بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة لفلان ثم قال بل اودعنيه فلان
ودفع الى الاول بالقضاء يضمن عند محمد رحمه الله انه اقر بلزوم الحفظ ثم عرضه للتلف باقراره وعند ابي يوسف لا يضمن لان الرفع

ما كراه القاضي **كتاب العارية** وذكر في الصحاح العارية
بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب واعلم انها مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير
نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع
بهما الا باستهلاك العين فلا تعود اليه عينه لتكون اعارة حقيقة وانما تعود النوبة اليه في المثل وما يملك الانسان
الانتفاع به على ان يكون مثله مضمونا عليه يكون قرضا وشرعيتها بالكتاب وهو قوله تعالى احسنوا وانه نوع احسان
واوعد مانعي العواري بقوله تعالى ويمنعون الماعون فقد جاء في التفسير انه العواري ولما كان المنع مذموما منح صح
كان الاعطاء محمودا والسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم درعا من صفوان واجماع الامة **قوله** وهي تمليك
المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير ولهذا تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط اعلام
مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة الا بذكر المدة والجهالة تمنع صحة تمليك المنافع كما في
الاجارة ولا تمنع صحة الاباحة وبدليل ان المستعير ليس له ان يواجر ومن يملك شيئا بغير عوض جاز له ان يملكه من غير
عوض كالموهوب له وتبطل الاعارة بالنهي ولو زال الانتفاع بالمستعار من بعد بنفع العارية ولو كانت تمليكا لما بطلت
بالنهي كالهبة والاجارة بحقق ما قلنا انها تنبئ عن التمليك لانها من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض
فالعارية في المنفعة كذلك ولهذا تنعقد بلفظ التمليك بان يقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا واحتجب
عما ملك الانتفاع به مع بقاء عينه وما يجوز تمليكه بعوض تنعقد الاجارة يجوز تمليكه بغير عوض ولان المنفعة تحتمل
التمليك بعوض ودفعا للحاجة فتحتمل بغير عوض كالعين فنزلت الاعارة من الاجارة منزلة الهبة من البيع في الاعيان
وانعقاد الاعارة بلفظ الاباحة لانها استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانه تنعقد بلفظ الاباحة مع انها تمليك
المنفعة وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضي الى
المنازعة لان للمعير ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة
العقد بخلاف المعاوضات لتعلق صفة اللزوم بها ولان الملك انما يثبت عند اتصال القبض وهو الانتفاع وعند القبض
معلوم فالجهالة قبله لا تفضي الى المنازعة ولهذا لو علمت المنفعة بالتسمية في الاجارة والاشتراط فيها ضرب
المدة كما في الصبغ والخياطة والنهي منع من التمليك لا يجعل المنافع على ملكه لكونه دليل الرجوع والاسترداد لا ابطال
للتمليك بعد ثبوته وانما لا يملك الاجارة لما فيه من الحاق الضرر بالمعير فانه ملكها على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء ولو صحت
الاجارة منه لم يتمكن من الاسترداد متى شاء لانها لازمة حينئذ لكونه بتسليط المعير فهو نظير ما لو استأجر دابة
او ثوبا ليس له ان يواجر غيره كيلا يتضرر الموجر **قوله** واطعمتك هذه الارض بناء على ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم
عينه يراد به تمليك عينه وان اضيف الى ما لا يطعم كالارض يراد به اكل غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال **قوله**
ومنحتك هذا الثوب وهذه الجارية اذا لم يرد بها الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع
تجوزا قيل هذا مشكل من حيث اخذها انه قال اذا لم يرد به الهبة وكان ينبغي ان يقول اذا لم يرد بها بدليل التعليل ومكن

ان يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك وما بينهما اي جعل هذين اللفظين حقيقة
تمليك العين ومجاز التمليك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة
وعلله بان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة وقال انهما لما كانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة
مراد باللفظ بلا نية وعند عدم ارادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة **قوله** داري لك سكنى لانها وان
كانت لتمليك العين ظاهرا فهي تحتمل تمليك المنفعة **قوله** سكنى محكم في العارية فحملنا على المحكم فكأنه قال سكناها لك
قوله وداري لك عمرى سكنى فقال العمرى الواري قال له هي لك مدة عمرك العمري اسم منه فمعناه جعلت
سكناها لك مدة عمرك **قوله** والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن سواء هلكت من استعمالها او لا
من استعماله وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وقال الشافعي ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن
وان هلكت لا في حال الانتفاع يضمن وهو قول ابن عباس وابي هريرة رضي الله عنهما القول صلى العارية مضمونة ولانه
قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق تقدم فكان مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشراء والمستقرض بخلاف
المودع لانه ما قبض لنفسه بل لمنفعة المالك وهو الحفظ ولهذا لا يلزمه عليه مؤنة الرد وبخلاف المستأجر لان قبضه
مستحق ولهذا يجبر الموجر على تسليم الدار ومتى سلم لا يملك الاسترداد حتى يمضي مدة الاجارة والموصى بخدمة العبد
فان العبد لا يصير مضمونا عليه وان قبضه لنفسه لان قبضه مستحق ولهذا يجبر الورثة على تسليم العبد اليه ولا يلزم
انه ماخوذ بالقبض لانه انما يستفيد بالقبض ضرورة الانتفاع اذ لا يمكنه الانتفاع الا بقبض العين والثابت
بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حالة الانتفاع لا في غير حالة الانتفاع فيبقى القبض في غير حالة الانتفاع غير
مأذون فيه فيضمن ولان قبض العارية يوجب ضمان الرد حال قيام العين فيوجب ضمان القيمة حال هلاك العين كقبض
الغصب ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان والمغل الخائن ويحمل الحديث على الهلاك حال الانتفاع ليكون توفيقا
بين الحديثين دفعا للتعارض قلت ما رويتم محمول على ضمان الرد وهذا على ضمان العين فلا تعارض ولانه قبض العين للانتفاع د
باذن صحيح من المالك فلا يكون مضمونا عليه كالمستأجر وهذا لان الضمان انما يجب بالالتزام بالعقد او بتفويت شيء
على المالك جبرا والعقد تبرع فلا يكون عقد ضمان كالهبة فالتفويت معدوم لوجود الاذن قوله الاذن بالانتفاع
قلنا الحاجة الى اعتبار الاذن لم تزول به صفة التعدي عن القبض والتعدي لا يبقى مع الاذن سواء حصل
القبض للانتفاع او الحفظ ولان الاذن بالقبض وجد مطلقا غير مقيد بحال الانتفاع فلا يتقيد بحال الانتفاع وهذا
لان الضرورة كما دعت الى اظهار الاذن بالقبض في حال الانتفاع دعت الى اظهار الاذن بالقبض في غير حال
الانتفاع ايضا لانه انما ينتفع بمال الغير بحسب انتفاعه بمال نفسه ساعة دون ساعة اذ لو اشتغل به دائما
لهلك فكان امساك العين للانتفاع في تلك الحال ماذونا ضرورة فلا يضمن وانما وجب ضمان الرد ومؤنته للقبض وجوب
الضمان على المستعير ليس بحال بل لان منفعة النقل حصلت له والرد فسخ لذلك النقل فكانت المؤنة على من حصلت له
منفعة النقل فان الخراج بالضمان ولهذا كانت النفقة عليه ايضا ولهذا اوجبنا مؤنة الرد على الموصى له بالخدمة

والضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالمقبوض نفسه ولكن بالقبض جهة الشراء اذ المقبوض على سوم الشراء
مضمون بالعقد كذا ذكره قوله وليس للمستعير ان يؤاجر يعني العارية لانه لو جاز لكان يلزم لزوم ما لا يلزم
او عدم لزوم ما يلزم وهذا لان الاعارة غير لازمة في الاصل فلو ملك المستعير الاجارة من الغير فاما ان يقع
هذه الاجارة لازمة او غير لازمة فان وقعت غير لازمة يلزم عدم لزوم ما يلزم وهو خلاف موضوع الاجارة
فكان باطلا وان وقعت لازمة يلزم لزوم ما لا يلزم لانه اذا لزمت الاجارة تصير الاعارة لازمة ضرورة لعدم
امكان الاسترداد فيكون خلاف موضوع العارية وهو باطل قوله وله ان يعير اي للمستعير ان يعير ما استعار
اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل قال الشافعي رح ليس له ان يعير وهو بناء على ان الاعارة اباحة المنافع
والمباح له الطعام لا يقدر ان يبيح غيره وهذا لانه يسوي غيره بنفسه فيما هو حق الغير وانما له ولاية
في حق نفسه لا في حق الغير وعندنا تمليك المنافع والمالك يملك التمليك من الغير كالمستأجر يملك ان يؤاجر والموصى له
بالخدمة يملك ان يعير لانه بالتمليك من الغير يتصرف في ملك نفسه ويسوي غيره بنفسه في حق نفسه وهو صحيح
اعلم ان هذه المسئلة على وجهين اما ان حصلت الاعارة مطلقة في حق المنتفع بان اعار ثوبا للبس ولم يسم اللابس
او دابة للركوب ولم يسم الراكب او دابة للحمل ولم يسم الحامل ففي هذه الوجوه له ان يعير سواء كان المستعار
شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع كاللبس في الثوب والركوب في الدابة فان الناس يتفاوتون في اللبس والركوب
فلبس القصار والدباغ لا يكون كلبس الصراف والبزاز وركوب العسكري لا يكون كركوب السوقي او لا يتفاوتون
في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ ولكن انما يملك الاعارة من غيره اذا لم يلبس المستعير ولم يركب
بنفسه فان ركب هو ولبس بنفسه فاراد ان يعير غيره او البس غيره او ركب غيره او لا ثم اراد ان يركب
او يلبس بنفسه فقد اختلفوا فيه والصحيح انه لا يملك ذلك ولو فعله ضمن لانه لما اطلق فله ان يعين وتعيينه
يكون كتعيين المالك ولو عين المالك ضمن بالنقل الى غيره كذا هنا وان حصلت الاعارة مقيدة بان استعار ليلبس بنفسه
او ليركب بنفسه او ليحمل بنفسه فله ان يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع كما في الحمل وليس له ان يعير فيما يتفاوت
الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب هذا هو الكلام في اعارة المستعير واما الكلام في اجارته فلا يجوز بالمستعار
فعلى وجه اوجه كما قال في المتن قوله وللمعير ان يرجع فيهما بناء على ان العارية لا تقع لازمة فلم يرجع
وكلفه قلع البناء او الغرس لانه شغل ارض المعير به فيؤمر بتفريغه ان لم يكن وقت العارية فلا يضمن شيئا
من الغرس او البناء لان الضرر الذي يلحق المستعير انما يلحقه بمعنى من قبله حيث غرس او بنى في محل كان للمعير
حق الرجوع فيه والمعير لم يصر غارا له ولكن المستعير مغتر بنفسه حيث ظن بطول العقد انه يتركها في يده
طويلة من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت كره رجوعه وان صح لان فيه خلف
الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع للمستعير وقال زفر رح لا يضمن لان التوقيت والاطلاق فيهما
سواء لبطلان التأجيل في العواري لنا ان المعير بالموقت يصير غارا للمستعير لانه نص على ترك الارض في يده

وترك بنائه او غرسه فيها في المدة التي سمى والمستعير بنى او غرس بناء على وعده فاخرجه المعير فاذا لم يف
بذلك صار غارا له وللمغرور ان يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار فان قيل الغرور بما ليس في عقد الضمان ليس بسبب
للرجوع الا ترى انه لو استحق الموهوب له بعد هلاكه وضمن الموهوب له لا يرجع بما ضمن على الواهب لان الغرور
في ضمن عقود المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره والمعير لم يباشر عقد الضمان وان وقت قلت كلام العاقل
محمول على الفائدة ما امكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيح العارية فلم يكن فائدته الا التزام قيمة البناء او الغرس
ان اراد اخراجه قبله وصار بمنزلة كلامه كانه قال ابن في هذه الارض على ان اتركها في يدك الى كذا من المدة فان
لم اتركها فانا ضامن لك ما تنفق في بنائك وذكر الحاكم رح انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان
له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما فلا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لان البناء والغرس ملكه وانما اوجبنا الضمان
على المعير لدفع الضرر عن المستعير فاذا رضي بالتزام هذا الضرر كان هو احق بملكه وهذا اذا لم يكن القلع مضرا
بالارض وان كان مضرا بها فالخيار لرب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع فكان الخيار لصاحب الاصل
لرجحانه قوله وقت ولم يوقت لان له ادراكا وقتا معلوما فكان في الترك مراعاة الحقين فكان اولى من القلع لان
في قلع الزرع ضررا بالمستعير في ابطال ملكه وفي الترك الى مدة الاستحصاد ضررا بالمعير من حيث تأخير حقه وضرر
ابطال فوق ضرر التأخير بخلاف البناء والغرس لانه ليس له اجل فيكون الضرر من الجانبين ضرر ابطال الحق فرجح
صاحب الاصل على صاحب التبع قوله واجرة رد العارية على المستعير والوديعة على المودع والمستأجر على
الموجر والمغصوب على الغاصب والمرهون على المرتهن والاصل ان مؤنة الرد على من وقع القبض له لان الخراج بالضمان
فاذا استحضر لك هذه المسائل اما الاول فقبضه بمنفعة نفسه والرد واجب عليه والاجر مؤنة الرد فيكون عليه
واما الثاني فلان منفعة قبض المودع للمودع واما الثالث فلان المنفعة حصلت للموجر بمعنى حيث سلم له الاجر والرد
غير واجب على المستأجر انما الواجب عليه التخلية والتمكين واما الرابع فلان الرد واجب عليه لقوله صلى على اليد
ما اخذت حتى ترد فيكون مؤنة الرد واجبة عليه واما الخامس فلان قبضه قبض استيفاء فكان فائدة القبض له
قوله لان رد العواري الى دار الملاك الحاجة وعن ابن مسلمة رض ان كان المربط خارج الدار لا يبرأ لان
الظاهر انها يكون هناك بلا حافظ كذا ذكره التمرتاشي قوله ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع
ومع هذا قال بعضهم وبه اخذ بعض مشايخنا وقال مشايخ العراق رح انه يملك الايداع وعليه الفتوى لانه لما ملك
الاعارة مع ان فيها ايداعا وتمليك المنافع فلان يملك الايداع وليس فيه تمليك المنافع اولى واولوا هذه المسئلة
فان موضوع المسئلة فيما اذا كانت العارية موقتة وقد انتهت بانقضاء مدتها وحينئذ يصير المستعير مودعا
ولا يملك المودع الايداع بالاتفاق قوله والكسوة تكون اعرتني لان الاعارة هي اللفظة الموضوعة لهذا العقد
والكناية بالموضوع اولى من الكناية بالمستعار وصار كاعارة الثوب والدار فانه لا يكفي البستني واسكنتني وله
ان لفظ الاطعام ادل على المراد من الاعارة لانها تختص بالزراعة واعارة الاراضي قد يكون للزراعة وقد يكون

للبناء ونصب الفسطاط ولفظة الاعارة لا تدل على شيء من هذه الانواع عينا فكانت الكناية مصححة لا طعام العلم
ان عرضه الزراعة اولى بخلاف اعارة الدار والثوب لان اعارتهما للسكنى واللبس فقط وهذا العرض يصير معلوما
بقوله اعرتني

كتاب الهبة

وقد مر وجه المناسبة من قبل ومن يرجع بما
ينفع الموهوب له لغة يقال وهب له مالا وهبا وهبة وموهبة وقد يقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى
الموهوب هبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه سأله وهي تمليك العين بلا عوض شرعا
واهلها اهل التبرع وهو الحر المكلف وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول
وانما يحنث لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما منع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول
لانه فعل الغير وشرطها ان يكون الموهوب مقسوما محوزا وغيره وحكمها ثبوت الملك وشرعيتها بقوله تعالى
وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بها السلام
والاظهر هو الاول فان قوله او ردوها يعني ردوا عينها وذا انما يتحقق في العطية لان رد عين الكلام
لا يتصور وقوله صلعم تهادوا تحابوا واجماع الامة ولانها من باب الاحسان واكتساب سبب التودد بين
الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان **قوله** وقال مالك رح يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع يعني
انه عقد التمليك فلا يتوقف ثبوت الملك به على القبض كالبيع ولنا قوله صلعم لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي
الملك لان الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق ولان الهبة تبرع فلا يجوز ان يلزم المتبرع شيء لم يتبرع به ولو ثبت
الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شيء
لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات ولان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد
اذ فائدة الملك التمكن من التصرف وذا انما يكون اذا كان سبيل من قبضه وهذا بخلاف الوصية لان الملك يثبت به
بعد الموت والمطالبة على الموصي لعدم اهليته اللزوم حينئذ والوارث لم يملك ما نفذ الوصية فيه لتأخر
حقه عن الوصية فلم يكن القبول يثبت الملك ايجاب شيء على المتبرع **قوله** ولنا ان القبض علم وجه الاستحسان
ان القبض هنا بمنزلة القبول من حيث يتوقف الملك عليهما فكان الايجاب منه يكون تسليطا على القبول فكذا
لو كان ثم
يكون تسليطا على القبض الذي نزل منزلته فان قلت الايجاب تسليط على القبض في المجلس لما صح الامر بالقبض
بعده كالبيع قلت انما قلنا لا يصح القبول بعد المجلس لان ايجاب البائع شرط العقد وانه لا يتوقف على ما وراء
المجلس فاما الهبة فركنها الايجاب لانه تبرع وهو يتم بالمتبرع حتى يحنث بمثله لا يهب ما في حق الموهوب له لا يتم
الا بالقبول فاذا وجد الايجاب في القبول جاز ان يتوقف على ما وراء المجلس لوجود شرطه وهو القبض
قوله بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسلط على القبض الحاقا له بالقبول
والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما نزل منزلته **قوله** وتنعقد الهبة اي تنعقد بايجاب كوهبت ونحلت واعطيت
واطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان
الهبة

الهبة وداري لك هبة تسكنها لان هبة سكنى او سكنى هبة وقوله تنعقد بالايجاب والقبول بيانا لما هو الانعقاد واللفظ
الاول فلانه صريح فيها واما الثاني والثالث فلانهما يستعملان للتمليك بغير عوض قال صلعم اكل اولادك نحلت هذا
وعن عائشة رضي الله عنها ان ابا بكر رضه نحلها ارضا ولم تقبضها حتى حضره الموت فقال لها لو كنت قبضتيها وانما هي
للوارث ويقال اعطاك وهبك بمعنى واما الرابع فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بغير
عوض وهو يكون بالهبة بخلاف ما لو قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية فيها واما الخامس فلان اللام للتمليك فكان معنى كلامه
ملكتك هذا الثوب لكن لا ترى لفظ التمليك بدلا لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك فكذا في التمليك بغير بدل كسوتك هذا
الثوب بمعناه لانه لتمليك العين قال تعالى او كسوتهم والكفارة لا تتادى الا بتمليك الثوب ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه
منه واما السادس فلقوله صلعم فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته بعده وكذا لو قال جعلت هذه الدار لك عمرى كانت هبة واما
السابع فلان الحمل على الدابة الاركاب وهو تصرف في منفعتها لا في عينها فيكون عارية الا ان يريد به الهبة لانه قد يذكر به
التمليك يقال حمل الامير فلانا على فرس اي ملكه فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه صح واما الثامن فلان
قوله داري لك هبة ظاهر في الهبة وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود انه ملكه الدار ليسكنها وهذا تعلم
وان لم تذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه **قوله** داري لك هبة
سكنى او سكنى هبة فانه عارية لان الاصل ان المتكلم اذا ذكر في اخر كلامه ما يغير حكم اوله واول الكلام يحتمل ذلك التغير يغير
حكم اول الكلام كما في الاستثناء والتعليق بالشرط **قوله** داري لك ظاهر لتمليك الرقبة ولكن يحتمل تمليك المنفعة الا ترى
ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بحائط فاعجبه فقال لمن هذا فقال رافع بن خديج لي استاجرته فقال لا تستأجره بشيء منه
وكما لو حلف لا يسكن دار فلان فانه يحنث بالاجارة والاعارة فيثبت ان لام التمليك يحتمل تمليك المنفعة وكان اول الكلام
محتملا لتمليك السكنى وقوله سكنى محكم في تمليك المنفعة لا يحتمل تمليك الرقبة وانما خرج تفسيرا لاول الكلام فيغير حكم اول
الكلام وصار المحكم قاضيا على المحتمل وكانه قال لك سكنى داري فيكون عارية **قوله** وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحل سكنى
او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة هذا كله عارية قدم لفظ الهبة او اخرها لانه محتمل يجوز ان يكون مراده
هبة العين ويجوز ان يكون مراده هبة المنفعة **قوله** عارية تفسير لذلك المبهم لانه في نفسه محكم لا يحتمل الا المنفعة
سواء قدمه او اخره فالحكم له ولما كان كذلك جاز ان يقع في كلام المصنف رحمه الله انه ذكر لفظ العارية مقرونا بلفظ
الهبة كما في المبسوط **قوله** فهي هبة لان قوله تسكنها ليس بتفسير لان هبة مصدر وهو اسم فالفعل لا يصلح
تفسيرا للاسم ولكنه مشورة اشار عليه في ملكه فان شاء قبل وسكنها وان شاء لم يقبل وهو بيان المقصود الواهب
انه ملكه الدار ليسكنها **قوله** ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة يعني بالمحوز ان يكون مفرغا عن املاك
الواهب وحقوقه ويعني بالمقسوم ان يبقى منتفعا في الحالين قبل القسمة وبعدها وفيما لا ينقسم ما لا يحتمل القسمة اي لا يبقى
منتفعا بعد القسمة اصلا كالعبد الواحد والدابة الواحدة او لا يبقى منتفعا من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت
الصغير والحمام والثوب الصغير ويجوز ان يقال المحوزة احترازا عما اذا وهب الثمر على النخيل دون النخل او وهب الزرع

في الارض حق دون الارض لان الموهوب ليس بمحوز اي ليس بمقبوض وقوله مقسومة احتراز عن المشاع فانه اذا حاز وقبض
التمر الموهوب على النخل او لكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم **قوله** قال
الشافعي يجوز في الوجهين اي فيما يقسم وفيما لا يقسم بناء على ان الهبة عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيع وهذا
لان المشاع محل لما هو موجب هذا العقد وهو الملك فيكون محلا لهذا العقد اذ الشرط في محل اضافة العقد
ان يكون محلا لحكم العقد وقد وجد ولا يلزم ان البيع لا يفتقر الى القبض بخلاف الهبة لان البيع الفاسد لا يوجب الملك
الا بالقبض يوجبه في المشاع كما يوجبه في غيره والمشاع يصلح راس مال السلم وبدل الصرف ولان الهبة عقد تبرع
فيكون بمنزلة القرض والوصية والشيوع لا يمنع القرض فانه لو دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا
عليه ويعمل في النصف الاخر بشركته فانه يجوز ذلك مع ان القبض شرط لوقوع الملك في القرض ثم لا يشترط القسمة
في الوصية وهو تبرع بعد الموت وكذا التبرع في الحيوة والقبض يتصور في المشاع كما يتصور في المفرز فان المعنى
بالقبض التسليم بناء على تسليم وتخليته من المالك وذا يتحقق فيما اذا وهب البعض وسلم الكل فصار البعض مسلما بتسليم
الكل ضرورة وصار كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة ولنا ان الخلفاء الراشدين وغيرهم شرطوا القسمة ولان
شرط القبض منصوص عليه فيراعى وجوده على اكمل الجهات كشرط استقبال القبلة في الصلوة لما كان منصوصا
عليه شرط الكمال فيه حتى لو استقبل الحطيم لا يجوز صلوته مع انه من البيت بالسنة وهذا لان المشاع من وجه لا يكون صح
دون وجه ما ثابت مطلقا ومن الاطلاق لا يثبت الكمال ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان
القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء في حيز القابض والمشاع في حيزه من وجه دون وجه لانه في يده من وجه
وفي يد شريكه من وجه فتمام الحيازة بالقسمة لان القسمة تجمع الاجزاء المتفرقة وما لم تجتمع لا يصير محوزا على
الحقيقة في يده الا بغيره وذلك غير موهوب فيمتنع تمام الحيازة لما هو له لان مال الغير غير محوز له من طريق الحكم
فاذا لم يتحقق الحيازة في حق ملك الغير وحقه لا يصير محوزا الا بغيره صارت الحيازة ناقصة فلا ينتهض لافادة
الملك ولان اشتراط اصل القبض لمعنى ذلك المعنى موجود في القسمة وهو ان لا يصير عقد التبرع سببا لوجوب
الضمان للمتبرع عليه في غير ما تبرع به لانه لو ملك قبل القبض يطالبه بالتسليم اليه فكذا لو ملكه قبل القسمة
يطالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا ضمان القسمة عليه وهو خلاف موضوع التبرع بخلاف ما لا يقسم
لان القبض لا يتصور فيه الا ناقصا فيكتفى به ولانا لو اعتبرنا الكمال يسد باب الهبة اصلا وفيما يحتمل القسمة يتصور
تسليم حقه فلا يكتفى بالقاصر منه ولانه لا يستوجب حق المطالبة بالقسمة فلا يلزم مؤنة القسمة فان قلت يستوجب
به المهاياة قلت المهاياة قسمة المنفعة وعقد التبرع في العين فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع به **قوله** والوصية
ليس من شرطها القبض يعني القبض ليس بشرط للوصية والبيع الصحيح والقبض في البيع الفاسد والصرف والسلم
غير منصوص عليه وهو اصطلح نراه بلسان المحدثين الا ان الحديث في الثمنين يكون بالقبض الا ان القبض شرط بقاء الصرف
والسلم على الصحة لا شرط الانعقاد والبقاء اسهل من الابتداء ولانها عقود ضمان فيجوز ان يتعلق بها المقاسمة **قوله**

والقرض تبرع يعني القرض تبرع ابتداء وعقد ضمان انتهاء لكونه مضمونا بالمثل فلا يبعد ان يتعلق به ضمان القسمة
ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقد الضمان لا نشترط فيه القسمة عملا بالشبهين ولان شرط القبض
فيه غير منصوص عليه ليراعى وجوده على اكمل الجهات **قوله** ولو وهب من شريكه اعلم انه لو وهب نصيبه من الدار
من شئ يحتمل القسمة لشريكه لم يجز عندنا لان الحكم متعلق بالقبض والقبض الكامل لا يتصور في المشاع فان قلت الفساد
في الهبة من غير الشريك باعتبار انه يؤدي الى ايجاب الضمان على المتبرع وقد عدمت تلك العلة فقد وجدت العلة
الاخرى وهي ان القبض لا يتم في الجزء الشائع فقبض الشريك لا يتم باعتبار ما لاقته الهبة وانما يتم به وبغيره وهو ما كان
مملوكا له وما يشترط لتمام العقد فانما يعتبر ما يلاقيه ويتناوله العقد دون غيره فان وهب بعضا مشاعا فسدت
الهبة لما قلنا فان قسم وسلم صح لان التمام بالقبض وعنده لا شيوع ولو وهب دقيقا في بر او دهنا في سمسم
لا يصح وان اخرجهما وسلمهما وكذا السمن في اللبن لان العقد يضاف الى المعدوم فيلغو ولهذا لو استخرجه الغاصب
ملكه والعقد اذا بطل لعدم المحل لا ينقلب جائزا بوجود المحل بل يفتقر بعد وجود المحل الى تجديد العقد بخلاف المشاع
لانه محل اذ هو موجود وقت العقد يتصور القبض فيه لكن لا على سبيل الكمال واعتبار الاعتبار في بيع السمسم بالدهن
للتفادي عن شبهة الربوا لا ان الشبهة ملحقة بالحقيقة فيه لا انه جعل موجودا المتعارف **قوله** وهبة اللبن في الضرع
والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر على النخل بمنزلة المشاع لان عدم الجواز لاتصال الموهوب بما ليس
بموهوب حق ملك الواهب مع امكان الفصل فامتنع القبض كالمشاع **قوله** واذا كانت العين في يد الموهوب له
اعلم ان العين اذا كانت في يد الموهوب له وديعة او عارية او امانة ملكها بالهبة والقبول وان لم يجدد فيها قبضا لان
القبض في باب الهبة غير مضمون فيعتبر فيه اصل القبض واصل القبض موجود هنا فناب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باع
الوديعة من ذي يده لان البيع يقتضي قبضا مضمونا وقبض المودع امانة فلا ينوب عن قبض الضمان بل يحتاج الى تجديد
القبض او ان يرجع الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها وكذا لو كانت مضمونة في يده بالقيمة او بالمثل
كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب فوهب له صح وثبت الملك بمجرد العقد لوجود اصل القبض وزيادة بخلاف ما اذا
كان مضمونا بغيره كالمرهون والمبيع فانه يحتاج فيهما الى تجديد القبض **قوله** لان يده كيده بناء على ان يد المودع
بمنزلة يد المودع حكما فيمكن ان يجعل قابضا للولد باليد التي هي قائمة مقام يده فان قلت قد قلتم اذا وهب الوديعة من
المودع جاز ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلت اليد للمودع في الحقيقة فباعتبار هذه الحقيقة
يجعله قابضا لنفسه ويده قامت مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ عاملا للمودع واذا ملكه ما بعد ذلك فهو
عامل لنفسه ولو رهن رجل وسلمه ثم وهبه لابنه الصغير لم يجز وكذا لو غصب عبده غاصب فوهبه لابنه الصغير لانه
ليس في يد الراهن والمغصوب منه حقيقة وحكما لكونه مضمونا على المرتهن والغاصب فالضمان انما يكون بتفويت اليد ولو باعه
بيعا فاسدا وسلمه ثم وهبه لابنه الصغير لم يجز لانه خرج عن ملكه فقد وهب ما لا يملكه فلا يجوز لان اليد لغيره حقيقة وحكما
قوله وان وهب له لاجنبي يعني اذا وهب لليتيم هبة تمت بقبض وليه وهو الاب او الجد ابو الاب لان لهما الولاية او وصيهما

لان لهؤلاء ولاية وقد يمحض التصرف نفعا له وكذا اذا كان في حجر امه او اجنبي يقبضها له جاز لان في حجر من يعوله فما يتمحض
منفعة لليتيم طرف عن ولهذا لا يرى انه احق بحفظه وتربيته وهذا من ضرورات الحفظ فيكون حكمه حكم الحفظ
وهذا لان الحفظ لتحصيل التصرف لانه في الكسب له لانه لا بقاء له الا بقوت وملبوس ولا بد ان يكون بسبيل من التحصيل
في حقه فصار ذلك من ضرورة الا ترى انه لو اراد اجنبي ان يخرجه من يده لم يكن له ذلك وله ان يسلمه في تعلم الاعمال
والحرف يعني بحمل الاصل قوله بعد الزفاف اعلم ان قبض زوج الصغيرة بعد الزفاف جائز وان كانت الولاية عليها
للاب دون الزوج لانه اقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها بعد الزفاف وقبض الهبة من باب الحفظ
فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولكن اذا قبضه الاب صح لقيام ولايته وبمكنته مع حضرة الاب بخلاف الام ومن يعوله
غيرها فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب وغيبته غيبة منقطعة في الصحيح لانه انما يصح قبضهم عليه للضرورة
ولا ضرورة عند حضور من له ولاية عليه ولانه الزوج يفوض الاب امورها اليه دلالة وان لم تزف الى بيت زوجها
لم يعتبر قبض الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذا لا يوجد قبل الزفاف قوله
في الصحيح المشايخ من سوى بين الزوج وبين الاجنبي والام والجد في انه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان
الصغير في عيالهم وان كان الاب حاضرا كما في الزوج ومنهم من فرق بين الزوج وبينهم فانهم لا يملكون قبض الهبة للصغير
الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة وفي الايضاح قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا قوله وقالا
يصح بناء على انه يملكه احدهما في كل هذا الشيء منهما الا انه يملك البعض منه والبعض منه لا يحتمل يكون يملكه
لا يملكا واحدا وقضيته اضافة العقد اليهما اضافة واحدة ان يكون ملكا واحدا ومما قد قبضاها جملة فلا شيوع ولهذا
لو رهن داره من رجلين رهنا واحدا صح ولو دخله الشيوع لما صح اذ تأثير الشيوع في الرهن اكثر حتى لا يصح الرهن
في مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة ولابي حنيفة رح ان الملك يثبت على الشيوع في النصف لهذا وفي النصف لهذا بالاجماع
والقبض لا يتحقق في المشاع وهذا لانه لما ثبت الملك حصل لهما شائعا ثبت التمليك وقع شائعا اذ الملك حكم التمليك
ومتى حكمنا بثبوت الملك في النصف لهذا وفي النصف لهذا فقد حكمنا بانه يملك النصف من هذا ويملك النصف من هذا
ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فعمل احدهما صح وان لم يكن يملك النصف من كل واحد لما صح بخلاف الرهن لان حكمه ثابت
على المناصفة بل ثبت على سبيل الكمال في حق كل واحد منهما لان حكم الرهن ملك الحبس ويتصور ان يكون ملك الحبس ثابتا
لكل واحد منهما على الكمال اذ لا تضايق في الحبس فيتصور ان يكون العين الواحد محبوسا بحق هذا على الكمال وبحق هذا على الكمال
بخلاف ملك العين فانه لا يتصور ثبوته لكل واحد على سبيل الكمال ولهذا لو قضى حق احدهما لا يكون له ان يسترد شيئا
من الرهن ما لم يقض حق الاخر وبخلاف الاجارة من رجلين فانها جائزة مع ان اجارة نصف الدار باطلة لان المانع ثمه استحقاق
عود المستأجر الى يد الموجر في مدة الاجارة بحكم المهايأة وذا لا يوجد في الاجارة من اثنين ولهذا اجاز اجارة احد الشريكين
من شريكه بخلاف الهبة لان الواجب هنا القبض وعنده يتحقق الشيوع وثمة التسليم وهو يتحقق جملة قوله واذا تصدق
على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا

وحاصله انه اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة لاثنين ثم انه جعل الهبة مجازا عن الصدقة اذا صادفت الفقير
والصدقة مجازا عن الهبة اذا صادفت الغني لوجود المجوز اذ كل واحد منهما تمليك بغير بدل وذكر في الاصل عقيب
مسئلة الهبة وكذلك الصدقة وهذا يدل على ان التصدق على اثنين فيما يحتمل القسمة باطلة عند ابي حنيفة رح
كالهبة فيسوي بينهما في الاصل وفرق بينهما في الجامع الصغير وجه تلك الرواية ان الصدقة باطلة في الشائع
كالهبة لتوقفهما على القبض فوجب ان يستويا في هذا ايضا اذ المفسد واحد وهو الشيوع ووجه الفرق على رواية
الجامع الصغير ان الصدقة تقع لله تعالى ولهذا لم يكن فيها رجوع وانما يصير للفقير بنيابة عن الله تعالى بحكم الرزق
الموعود والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتمكن الشيوع فيها فيصح كالهبة اذا وقعت لواحد وقبضها اثنان
بحكم الوكالة عن الموهوب له فاما الهبة فانما تقع للموهوب له فيتمكن الشيوع عند تعدد الموهوب له فيمتنع الهبة
وقيل المذكور في الجامع الصغير هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل بقوله وكذلك الصدقة على الغنيين فعلى هذا
التأويل لا مخالفة بين الروايتين فلا يحتاج الى الفرق قوله وكذا محمد اي مر على اصله على ان هذه هبة واحدة
من رجلين نص على التفاضل او لم ينص وابو يوسف يقول انما جوزنا الهبة لرجلين على تقدير انه لم يقصد به اثبات الحكم
في الابعاض فاذا نص على الابعاض على التفاوت علمنا ان قصده اثبات الحكم في البعض لهذا والبعض لذا فدخل فيه
الشيوع ولهذا جوزنا الرهن من اثنين عند عدم التعرض للابعاض واذا تعرض للابعاض بان قال رهنتكما هذا الشيء
على ان يكون النصف رهنا عند هذا والنصف عند هذا كان فاسدا لان بالتفصيل يتفرق العقد كذا ههنا واما
اذا نص على التناصف فقد امكن تصحيح العقد بجعل هذا مجازا عن الموجب لان مطلق العقد يقتضيه فلم يعتبر
شيوعا في العقد بخلاف ما اذا نص على التفاوت لان مطلق العقد لا يقتضي وقوع الحكم على التفاوت فلا يمكن ان يجعل مجازا
عن موجب العقد فيقتضي شيوعا في العقد فيفسد ولان الفرق بينهما اذا نص على الابعاض متساويا ومتفاضلا
ظاهر لان حالة التفصيل متى كان لا يخالف حالة الاجمال فالتفصيل يقع لغوا ومتى كان يخالف حالة الاجمال فلا بد
من اعتبار التفصيل لان كلام العاقل يحمل على الفائدة ما امكن واذا لم يكن مفيدا لا يعتبر فاذا نصف بينهما فالتفصيل
لا يخالف الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال هو التنصيف فلا يعتبر تفصيله واذا فاوت بينهما فالتفصيل
يخالف الاجمال فلا بد من اعتباره واذا اعتبر يتفرق العقد ويظهر الشيوع في كلا العقدين وهذا بخلاف الرهن فان
حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال في الوجهين لان عند الاجمال يستحق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل
لا يثبت سواء كان التفصيل متساويا او متفاضلا اعلم انه لو وهب متاعا في دار او طعاما في جراب وسلمهما
اي الدار والجراب بما فيهما صحت الهبة في المتاع والطعام ولو وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الكل الى
الموهوب له او وهب جرابا وفيه طعام الواهب وسلم الجراب لا يصح الهبة والاصل ان الموهوب اذا كان مشغولا
بملك الواهب يمنع التسليم فيمنع صحة الهبة ومتى كان الموهوب شاغلا لا يمنع التسليم فيصح الهبة ففي الفصل
الاول الموهوب شاغل لا مشغول وفي الفصل الثاني الموهوب مشغول بملك الواهب وهذا لان المظروف يشغل

الطرف لما الطرف لا يستحل المطروف

باب الرجوع في الهبة

انه لما ذكر ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم حتى يصح الرجوع والفسخ احتاج الى بيان مواضع الرجوع وموانعه قوله وقال الشافعي رح لا رجوع فيها لقوله صلعم لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده وفي رواية لا يحل ولا يجوز الاقدام على ذلك لان الحرام شرعا ولانه عقد تمليك فوجب ان لا يلزم كالبيع وهذا لان الرجوع يضاد المقصود بالتمليك العقد لا ينعقد موجبا ما يضاد المقصود به وانما يستحق الرجوع فيما بين الوالد والولد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد كسبه وبعضه فلم يتم التمليك ولنا قوله صلعم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول اكلنا خبز فلان الخباز وان كان اشتراه منه ولانه مد حق :: الحق الى وصول العوض اليه وذا في حق الرجوع بعد التسليم ولانه ثبت للواهب حقا اغلب من حق الموهوب له لاحتمال الحقين وحق الواهب اغلب لانه بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولانه فات المقصود بالعقد فيثبت للعاقد ولاية الفسخ دفعا للضرر الناشي من زوال الملك الخالي عن المقصود كالمشتري اذا وجد بالمشترى عيبا وهذا لان المقصود بالهبة للاجانب العوض والمكافاة عادة ولهذا يقال الايادي قروض وهو يتادى بالشرع قال صلعم تهادوا تحابوا والمعروف كالمشروط والتفاعل يقتضي وجود الفعل من الجانبين والمراد بما روي لا يستبد بالرجوع من غير قضاء ولا رضا الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه يتفرد بالاخذ لحاجته ويسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم كما روي ان عمر رضي الله عنه حمل رجلا على فرس في سبيل الله ثم راى ذلك الفرس يباع فاراد ان يشتريه فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك وقال لا تعد في هبتك مع ان الشرى لا يكون رجوعا والمراد لا يحل الرجوع ديانة ومروة لقوله صلعم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر ان يبيت شبعان وجاره الى جنبه جائع اي لا يليق ذلك بالديانة والمروة وان كان جائزا في الحكم اذا لم يكن عليه واجبا وهكذا القول لا يليق بالمروة الرجوع ويكره الا ترى الى قوله عم العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا التشبيه في معنى الاستقباح والاستقذار لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي رح الا ترى انه قال في رواية كالكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول انه مستقبح قوله ثم للرجوع موانع ومنها ما ذكره احدها قبض العوض لما روينا ولان حق الرجوع في الهبة كان لخلل في مقصوده وقد عدم ذلك بوصول العوض اليه فهو كالمشتري يجد بالمبيع عيبا فزال العيب قبل ان يرده قوله او يزيد زيادة متصلة كالغرس والبناء والسمن لان الرجوع انما يصح في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها وهو معنى قوله لعدم الامكان الى اخره قوله او يموت احد العاقدين اما اذا مات الموهوب له فلان الملك قد انتقل الى الورثة فصار كانه انتقل اليه في حال حياته واما اذا مات فلان الوارث لم يوجب الملك له ولا يكون له حق الرجوع والنص انما اوجب حق الرجوع للواهب وهو ليس بواهب ولانه ربما عرض الواهب لاظهار الجود والسخاوة ورجوع الوارث يبطل عليه ذلك قوله او يخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه

حصل بتسليطه وسعي الانسان في نقض ما تم منه مردود ولان تبدل الملك كتبدل العين وقد تبدل الملك بتجدد السبب قوله وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها اما في موضع البناء والنخل فلان البناء والنخل زيادة متصلة بالموهوب الا انها غير متولدة من الاصل والمعنى الذي لاجله امتنع الرجوع في الزيادة المتصلة المتولدة موجود في غير المتولدة اذا كانت متصلة فيمتنع الرجوع واما في الباقي فلان البناء والنخل بناحية من الارض تعد زيادة في الكل الا ترى انه يزداد مالية الكل قوله وكان ذلك زيادة فيها اي هذا اذا بني ما تعد زيادة فان كان مما لا تعد نقصانا فانه لا يمنع الرجوع لعدم المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في نفسه حتى لو بنى كانونا صغيرا بحيث لا تعد زيادة اصلا فلا عبرة به قوله ولان المقصود صلة الرحم لان الصلة واجبة في المحارم وكل عقد افاد مقصوده يلزم قوله وكذلك ما وهب احد الزوجين للاخر بناء على انها اي الزوجية نظير القرابة في التواصل بدليل جريان التوارث بينهما وبطلان الشهادة وكل المقصود الصلة وقد حصل وانما شرط الحل هذا المقصود وقت الهبة حتى لو وهب لامراة ثم نكحها له ان يرجع فيها ولو وهب لامراته ثم ابانها فليس له ان يرجع فيها لان الهبة لما كانت في حال قيام الزوجية علم انه لم يكن مقصوده العوض بل تحقيق ما بينهما من معنى السكن والازدواج وفي الرجوع ايقاع العداوة فيما بينهما والنفرة والزوجية لمعنى الالفة والمودة فلا يجوز لاحدهما الاقدام على ما يضاده فكان هذا مانعا من الرجوع كالقرابة قوله وان عوضه عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل حق الرجوع لان التعويض تبرع لغرض هو اسقاط حق الرجوع للواهب تبرعه فيصح من الاجنبي كما يصح من الموهوب له كبدل الخلع والصلح عن دم العمد فانه لما كان بدلا بالاسقاط صح من الاجنبي مع عدم الحق قوله واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوض هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها او مكانها فقبضه الواهب سقط حق الرجوع لان الشرط في التعويض ان ياتي بلفظ يعلم الواهب انه يعطيه جزاء صنعه وقد حصل ذلك بهذه الالفاظ وانما يبتنى الحكم على ما هو المقصود فاذا حصل ذلك فالعبارات فيه سواء ولو وهب للواهب شيئا ولم يقل هذا عوض عن هبتك او ما شاكله فللواهب ان يرجع في هبته لانه لما لم يضف تمليكه الى هبته كان فعله هبة مبتداة لا عوضا فلكل واحد منهما ان يرجع ولا سقوط حق الرجوع لحصول مقصود الواهب وانما يعلم ذلك اذا بين له انه عوض ويرضى به فاما بدونه فلا لان التمليك المطلق يحتمل الابتداء ويحتمل المجازاة فلا يبطل حق الرجوع بالشك قوله وان استحق نصف الهبة رجع بالنصف يعني اذا استحق نصف العوض له ان يرجع بنصف الهبة وهذا لان كل واحد منهما صار مقابلا بالاخر فيسع العوض بالعرض فاذا استحق نصف احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بما يقابله وهذا معنى قوله اعتبارا بالعوض الاخر ولنا ان المستحق خرج من ان يكون عوضا وصار كان لم يكن وما بقي يصلح عوضا عن الكل ابتداء ولو عوضه ابتداء بهذا النصف لم يرجع في شيء من الهبة فكذا هاهنا وهذا معنى انه يصلح عوضا عن الكل قوله الا انه يتخير يعني انما تمكن الخلل في رضا الواهب فكان بالخيار فان شاء رد ما بقي ورجع لانه انما رضي بسقوط حقه في الرجوع ليسلم له كل العوض ولم يسلم وان شاء امسك ما بقي ولم يرجع بشيء وحاصل الفرق //

بين استحقاق النصف الهبة ونصف العوض لان المعوض ملك العوض بحقيقا للمقابلة فاما الواهب فملكه ابتداء من غير
ان يقابله شيء فلم يعتبر في حقه حكم المقابلة ثم بناء العوض في اسقاط حقه في الرجوع والجزء من العوض في ذلك بمنزلة
الكل لان تمام رضاه به ولان للعوض شبها بابتداء الهبة من حيث ان المعوض مجازف متبرع وشبه بالمبادلة من حيث انه ملكه
مضافا الى الهبة فلشبهه بالمبادلة اذا استحق الكل رجع في الهبة ولشبهه بابتداء الهبة اذا استحق النصف لا يرجع
في شيء من الهبة الا ان يرد ما بقي قوله لان المانع حصل بالنصف يعني لان الرجوع حق ثابت في كل جزء منه والعوض
مانع فاذا وجد المانع في النصف يمتنع بقدره قوله ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لان الرجوع
في الهبة مختلف فيه بين العلماء ومنهم من راى ومنهم من ابى في اصله وهاء لان الواهب ان كان يطالبه بحقه فالموهوب له
يمنع ملكه ذ في حصول المقصود وعدمه خفاء فمن الجائز ان يكون مراده الثواب البحت وعلى هذا لا يرجع لحصول المقصود
ومن الجائز ان يكون مراده العوض وعلى هذا يرجع فلا بد من الفصل بالرضا او القضاء ولان الرجوع فسخ العقد
ولا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي او منهما لولايتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض
قوله حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه او باعه الموهوب له قبل ان يقضي به القاضي للواهب نفذ ما صنع
الموهوب له لانه لا يزول عن ملكه الا بالقضاء ولو منعه بعد الرجوع قبل القضاء فهلك لم يضمن لقيام ملكه
فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لم يضمن لان اصل قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه وهذا دوام
واستدامة الشيء معتبرة باصله الا ان يمنعه بعد القضاء وقد طلبه منه الواهب لان المنع بعد الطلب
يوجب الضمان في الامانات قوله يكون فسخا من الاصل يعود الملك القديم حتى لا يشترط قبض الواهب
لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عود الملك القديم ويصح في الشائع لما بينا وقال زفر الرجوع
بغير قضاء بمنزلة الهبة المبتداة لعود الملك اليه بتراضيهما فيجعل عقدا جديدا في حق ثالث لنا ان عقد
الهبة وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان الفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق اي فيظهر الفسخ
في الرجوع في الهبة من كل وجه في الصورتين وهما الرد بالقضاء والرد بالرضاء بخلاف الرد بالعيب فانه
لا يكون فسخا في الصورتين بل يكون فسخا في الرد بالقضاء لا غير لان استيفاء الحق لا يتوقف على القضاء بخلاف
الرد بالعيب بعد القبض اذا كان بغير قضاء فانه يعتبر عقدا جديدا في حق ثالث لان المشتري لا حق له
في الفسخ وانما حقه في صفة السلامة فاذا لم يكن سليما وفات المشروط فكان له ان لا يرضى فيثبت له حق الفسخ
ضرورة فيتوقف لزوم موجب الفسخ في حق الثالث على القضاء قوله واذا تلفت العين الموهوب
واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانها عقد تبرع فلا يستحق السلامة بخلاف
المعاوضات ولانه غير عامل له في القبض ولا يرجع بخلاف المودع اذا اهلكت الوديعة في يده فاستحقها
مستحق فضمنه فانه يرجع على المودع لان المودع عامل للمودع في الحفظ والغرور سبب الرجوع في ضمن
المعاوضة لا في التبرعات اعلم انهم جمعوا الموانع كلها في حروف دمع خزقه والميم موت احدهما والعين العوض

والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب قوله واذا وهب
بشرط العوض صورته ان يهب عبده لرجل على ان يهب الموهوب له عبده الى قوله وقال زفر والشافعي يكون بيعا
ابتداء وانتهاء حتى يثبت الملك بمجرد العقد ولا يبطله الشيوع لان هذا التصرف معاوضة معنى ولهذا كان
بيعا لفظا كان بيعا كقوله وهبت هذا الكتاب بكذا او ملكتك هذا بكذا وهذا لان شرط العوض ينافي التبرعات
ويختص بالمعاوضات والعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل وانه لو وهب ابنته لرجل يكون نكاحا ولو وهب امرأته لنفسها يكون كفالة صح
طلاقا ولو وهب عبده لنفسه كان اعتاقا ولو وهب الدين لمن عليه كان ابراء فاللفظ واحد واختلفت العقود
لاختلاف المعنى المقصود ولنا ما قاله اصحابنا ان ما اشتمل على جهتين يجمع بينهما ما امكن فهو هبة ابتداء
اعتبارا للفظ وبيع انتهاء اعتبارا للمعنى كالهبة في المرض هبة ابتداء اعتبارا للفظ حتى يبطل بعدم القبض
وبالشيوع ووصية انتهاء اعتبارا للمعنى حتى اعتبر من الثلث وهذا لان اللفظ قالب المعنى فلا بد من اعتباره
الا اذا تعذر الجمع للمنافاة كما في كثير من المسائل فوجب اعتبار المعنى وسقط اعتبار اللفظ ترجيحا للمعنى
عليه ولا منافاة ههنا فان قلت قد تحققت المنافاة ههنا لان قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا
فصل وحكم الهبة على عكسه وتنافي اللوازم يستلزم تنافي الملزومات فيتحقق المنافاة بين البيع والهبة ضرورة
قلت البيع يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب الملك عليه كما في البيع الفاسد لتوقفه على وجود القبض
فلم يكن اللزوم والترتب من لوازمه ضرورة والهبة تقع لازمة كهبة القريب وغيره وقد يترتب الملك عليها
بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتب من لوازمها ضرورة على ان المستحيل
الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة فاما اذا جعلناها هبة ابتداء وبيعا انتهاء فلا وهذا بخلاف بيع العبد من
نفسه لانه لا يمكن فيه تحقق البيع والاعتاق لا يحتمل معنى البيع بوجه ما اذ العبد لا يصلح مالكا لنفسه
لانه لا يملك غيره فكيف نفسه فصل ذكر هذا الفصل في اخر الهبة لانه بمنزلة مسائل متفرقة في سائر
المواضع قوله ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة في الام والولد وبطل الاستثناء اعلم ان استثناء
ما في البطن ينقسم ثلاثة اقسام في قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد لان الاستثناء لا يعمل الا في المحل الذي يعمل فيه العقد فاذا لم يصح عقد الهبة على ما في البطن لكونه وصفا
لما عرف في التبرع لم يكن محلا للاستثناء فكان هذا شرطا فاسدا والهبة ونحوها لا تبطل بالشروط الفاسدة
وانما الشرط الفاسد يؤثر في العقود الشرعية لان الحيوان اذا حدث لا بد لها فلا يمكن ان يجعل عدما وفي
قسم لا يجوز اصل التصرف كالبيع والاجارة والرهن لان هذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة على ما عرف فاذا
استثناء الحمل وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا كالوصية لان افراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه
قوله ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز والفرق بينهما ان التدبير لا يزيل ملك المدبر والموهوب متصل

بما ليس بموهوب في ملك الواهب فصار كهبة المشاع فيما ينقسم او كهبة شيء موهوب مشغول بملك الواهب فلم يجز فاما الاعتاق فهو ليس بتمليك للمعتق فاذا وهب الام بعد اعتاق الحمل فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فهو كما لو وهب رضا وفيها ابن الواهب اقف وسلمها الى الموهوب له فان الهبة تتم كذا ههنا **قوله** وحرك على اخا الف درهم فقال اذا جاء غد فهو لك او انت منه بري او قال اذا ادبت الى النصف فلك نصفه او انت بري عن النصف الباقي فهو باطل لان تمليك الدين فيه معنى الاسقاط وابراء الدين اسقاط فيه معنى التمليك فصار كل واحد منهما تمليكا من وجه واسقاطا من وجه وهذا لان الدين مال بالنظر الى المال حتى يحسب فيه الزكوة ووصف بالنظر الى الحال حتى لا يحنث لو حلف ان لا مال له بالدين ولهذا يرتد بالرد ومن آية التمليك يتم بلا قبول ومن آية الاسقاط والتعليق بالشرط مشروع في الاسقاطات المحضة دون ما فيه معنى التمليك **قوله** والعمرى جائزة اعلم ان تفسير العمرى ان يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا مت فهي رد علي فيصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع اصل التمليك اعلم ان حاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف رح هذا اللفظ على انه تمليك للحال والرجوع الى الواهب مستطر فيكون كالعمرى وحملاه على المراقبة في نفس التمليك على ما قال في المتن فكان هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المملك قبله واذا لم يصح هبة عندهما يكون عارية

فصل في الصدقة

لما شاركت الصدقة الهبة في الشروط الحقها بها وفصلها بفصل لمخالفتها اياها في الحكم وقدم الهبة لعمومها في حق المسلم والكافر وكثرة تفريعاتها **قوله** لما سافي الهبة اراد به قوله ولا تجوز الا محوزة مقسومة مميزة وهو القسمة **قوله** ولا رجوع في الصدقة وان كانت كالهبة من حيث انها لا تصح الا بالقبض ولا تصح في مشاع يحتمل القسمة لانه تبرع كالهبة لان ولاية الرجوع في الهبة لعدم حصول المقصود وههنا المطلوب بالصدقة نيل الثواب وقد حصل فلا يرجع **قوله** وكذا اذا تصدق على غني اعلم انه لو تصدق على غني او وهب لفقير لا يرجع اعتبارا للفظ في المسئلة الاولى والمعنى في الثانية وحق الرجوع ضعيف فاذا وقع الشك فلا رجوع ومن اصحابنا من قال الصدقة على الغني والهبة سواء انما يقصد العوض دون الثواب الا ترى ان في حق الفقير جعلنا الهبة والصدقة سواء في ان المقصود فيهما الثواب فكذلك في حق الغني الصدقة والهبة سواء يقصد بهما العوض دون الثواب لكنا نقول في ذكره لفظة الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال التمليك ثم التصدق على الغني يكون قربة يستحق به الثواب ان يكون غنيا يملك النصاب وله عيال كثير والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب كذا في المبسوط **قوله** ومن نذر ان يتصدق بماله الى آخره الاصل فيه ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى لانه احق به ولهذا لا يجوز ايجاب شيء ليس من جنسه مشروعا وايجاب اسم الصدقة ينصرف الى ما فيه الزكوة فكذا ايجابه والخصوص في لفظة الملك مبقي على العموم والصحيح انهما سواء بناء على ان الملتزم باللفظ العام يتناول الخاصة المعروف ؞ والله اعلم

كتاب الاجارات

اعلم ان قوام الدين بتحقق العهود وقوام الدنيا بصحيح العقود والعقود ضربان عقود معاوضات وتبرعات وعقود المعاوضات ضربان ضرب يرد على الاعيان كالبياعات وضرب يرد على المنافع كالاجارات والعقود الواردة على الاعيان اقوى وألزم والواردة على المنافع فناسب الاجارة الهبة من حيث التمليك لكن قدم الهبة عليها لوجود المعنيين ولان الاعيان مقدم على المنافع ثم اعلم ان الاجارة بيع منفعة معلومة باجر معلوم شرعيتها بالكتاب قال تعالى على ان تأجرني ثماني حجج وشرعية من قبلنا يلزمنا حتى يقوم الدليل على نسخه والسنة ما ذكر في المتن واجماع الامة والقياس يأبى جوازها بناء على ان العقد يرد على المعدوم وهي المنفعة التي توجد في مدة الاجارة والمعدوم ليس بمحل للعقد لانه ليس بشيء فيستحيل وصفه بانه معقود عليه ولانه لا بد من ملك المعقود عليه بعد الوجود لانعقاد العقد والمعدوم لا يوصف لانه مملوك ولا يملك جعل العقد مضافا الى زمان الوجود لان المعاوضات لا تحتمل الاضافة كالبيع وانما جوزناها لحاجة الناس اليها فالفقير محتاج الى مال الغني والغني محتاج الى عمل الفقير وحاجة الناس اصل في شرع العقود وشرعت لدفع الحاجة وانما تنعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي نحو ان يقول احدهما آجرت ويقول الآخر قبلت ولا تنعقد بلفظين يعبر بهما عن المستقبل نحو ان يقول آجرني فيقول الآخر آجرت اعتبارا بالبيع المنفعة بمنزلة العين ثم يحتاج الى بيان كيفية الانعقاد فنقول العقد ينعقد ساعة فساعة في حق المحل على حسب حدوث المنافع والعين جعلت خلفا عن المنفعة في حق اضافة العقد وشرط الايجاب والقبول عند الاضافة الى العين ثم عمل العقد المنعقد يظهر اثره في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة وهذا كالسلم وانه يعتبر الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم وغير السلم فيجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد لان العقد يستدعي محلا ينعقد فيه اذا الشرع حكم بالانعقاد واللزوم وهو وصف العقد المنعقد فحكمنا بوجود المحل ليصح العقد **قوله** ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا في الاجرة وثبت الحكم في المنفعة دلالة لان الاشتراط لقطع المنازعة والمنفعة تشاركها في هذا المعنى ولان شرعية المعاوضات لقطع المنازعات والجهالة في المعقود عليه والمعقود به تفضي الى المنازعة المانعة من التسليم كالجهالة في المبيع والثمن فشرط اعلامهما قطعا للمنازعة وتتميما للفائدة باتصال التسليم **قوله** وما جاز ان يكون ثمنا في البيع كالنقود والمكيل والموزون صح ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجارة بيع المنفعة والاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع **قوله** وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان مثل العبد والثياب **قوله** صلاحية غيره اي غير الثمن لان الاجرة عوض مالي فكل ما هو مال يصلح عوضا يصلح اجرة اما الثمن فيجب في الذمة ويختص بما يثبت في الذمة ثم اعلم الاجرة ان كانت من النقود يعتبر بيان القدر وبيان الصفة انه جيد او وسط او رديء ان كانت الاجرة مكيلا او موزونا او عدديا متقاربا فاعلامها ببيان القدر والصفة ويحتاج الى بيان مكان الايفاء اذا كان لحمله مؤنة عند ابي حنيفة

وان كانت عرضا او ثوبا يشترط فيه شرائط السلم لان ثبوت الشيء دينا في الذمة عرف بالشرع والشرع ورد به
بطريق السلم وفي هذا الكلام اشارة الى انها اذا كانت لا تجوز عينا فاعلامه بالاشارة ابلغ اسباب التعريف وان كانت الاجرة حيوانا
لا يجوز الا اذا كان عينا لان الحيوان لا يجب دينا في الذمة بدلا عما هو مال قوله والمنافع تارة تصير معلومة
اعلم ان اعلام المنفعة شرط ثم هي تارة تصير معلومة ببيان المدة كاستئجار الدور وتارة ببيان العمل وذا بتسميته كمن
استأجر رجلا على صبغ ثوبه وتارة بالاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى ما عرف تمامه في المتن

باب الاجر متى يستحق

لما ذكر ان صحة الاجارة موقوفة الى ان تكون
الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها وما يتعلق به قوله الاجر لا يجب بالعقد يعني الاجر
لا يملك بنفس العقد ولا يجب تسليمه به عندنا عينا كان او دينا وانما يملك بالتعجيل من غير شرط او بشرط التعجيل
او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي يملك بنفس العقد ويجب تسليمه عند تسليم الدار والدابة
الى المستأجر بعين ما قاله ان فيها انها عقد معاوضة مطلقة توجب ملك البدل بنفسه كعقد البيع وهذا
لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما في حق انعقاد العقد لان شرط جواز العقد ان يكون المعقود
عليه موجودا مقدور التسليم وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في الرحم
والحنوة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما وهو المرتد اللاحق
بدار الحرب وهذا كالسلم فانه بيع المعدوم حقيقة لكن الشرع جعل العين المعدوم حقيقة كالموجود حكما
في حق جواز السلم فكذا هنا جعل منفعة العين في حكم العين فكما يملك البدل في العقد الوارد على العين
بنفسه فكذا في العقد الوارد على المنفعة والدليل على ان المنفعة في حكم العين صحة الاستئجار باجر مؤجل
وما ليس بعين فهو دين والدين بالدين حرام ولنا ان هذا عقد معاوضة فيقتضي تعاوض
البدلين في الملك والتسليم اي يثبت الملك في العوض معا كالبيع لان قضية المعاوضة المساواة
ثم احد البدلين وهو المنفعة لم يصر مملوكا بنفس العقد بل تراخى حكم العقد فيها الى حين وجودها فكذا الاجر
وهذا لانه معدوم في نفسه والملك صفة الموجود فلا يتصف المعدوم به واذا لم يملك المعقود عليه في الحال
فلو ملك البدل يملك بغير عوض وذا ليس بقضية المعاوضة وجواز ليس باعتبار ان المنفعة المعدومة جعلت
موجودة حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد لانها عرض لا يبقى زمانين
والتسليم بحكم العقد يكون عقيبه وفيما لا بقاء له لا يتصور تسليمه بحكم العقد فلا يكون محلا للعقد المعاوض
بل باعتبار ان العين التي هو سبب لوجود المنفعة اقيمت مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول
ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم المضاف الى وقت الحدوث وهو معنى قولنا ان عقد الاجارة
في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وانما اقيم السبب مقام المسبب ضرورة
تصحيح العقد لربط الايجاب بالقبول فيتقدر بقدرها ولا ضرورة في ملك البدل بنفس العقد بل في حق البدل

كالعقد المضاف الى وقت الحدوث فلا يثبت الملك قبله وهذا اولى مما قاله لان ما قاله قلب الحقيقة وما ذكرناه
تقرير امر شرعي بدليل شرعي لان اقامة السبب مقام المسبب اصل في الشرع كما قام السفر مقام المشقة
والبلوغ مقام كمال العقل وعلم حرام الربا وجواز السلم باعتبار المسلم فيه احد حكم الثمن ولهذا يشترط
قبض رأس المال في المجلس كيلا يكون دينا بدين ولو كان في حكم العين الموجود لما وجب قبض رأس المال في
المجلس كما لو باع حنطة بعينها بدراهم فاذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لان التسوية قد تحققت
وكذا اذا عجل او شرط التعجيل لان امتناع الملك بنفس العقد لتحقيق المساواة فاذا عجل او شرط التعجيل
فقد ابطل المساواة التي هي حقه وهذا بخلاف الاجارة المضافة بشرط تعجيل الاجر فان الشرط
باطل لان امتناع ثبوت الملك في البدل ثمة ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل
والمضاف الى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت ولا يتغير هذا المعنى بالشرط قوله انفسخ العقد
قال القاضي فخر الدين رح في الفتاوى انه لا ينفسخ الاجارة بالغصب ولكن يسقط الاجر ما دام في يد
الغاصب قوله ومن استأجر دارا فللمؤجر ان يطالبه باجر كل يوم ومن استأجر بعيرا الى مكة فللجمال
ان يطالب باجر كل مرحلة وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجر حتى يفرغ من العمل والاصل ان الاجارة
معاوضة والملك في المنافع يثبت ساعة فساعة زمان العقد فكذا الملك في الاجر وجب ان يثبت ساعة زمان العقد
اذ قضية المعاوضة المساواة واذا لم يجب الاجر بنفس العقد لا يجب ايفاؤه قبل وجوده ثم قال ابو حنيفة رح
اولا وهو قول زفر رح لا يجب ايفاء شيء من الاجر الا بعد استيفاء جميع المنفعة سواء كانت الاجارة معقودة
على المدة كما في اجارة الدار والارض او على قطع المسافة كما في كراء الدابة الى مكة او على العمل كما في القصار
والخياط والصباغ ثم رجع عن هذا وقال ان وقعت الاجارة على المدة او على قطع المسافة يجب ايفاء الاجر
بحصة ما استوفى من المنافع اذا كان لما استوفى حصة معلومة من الاجر يجب الايفاء بمرحلة فمرحلة وفي الاجارة
التي تنعقد على العمل وبقي لما بقي في العين حتى كان للعامل احتباسه فانه لا يجب ايفاء الاجر الا بعد العمل كله
وان كان لحصة ما استوفى من العمل معلوما الا ان يكون عمل العامل في بيت المستأجر فحينئذ يكون الجواب فيه
كالجواب في الكراء كذا ذكر في الجامع الصغير لفخر الاسلام وغيره وذكر في المتن وكذا اذا عمل في بيت المستأجر
فلا يستوجب قبل الفراغ وجه قوله الاول ان المعقود عليه شيء واحد وهو جملة المنافع في المدة فما لم
يسلم كله لا يجب تسليم شيء من الاجر كما في المبيع فانه لم يوزع وجوب تسليم الثمن الى حين تسليم جملة المبيع
شيء من الثمن كما لو كان المعقود عليه العمل وجه قوله الثاني ان الملك في الاجر ووجوب التسليم انما تراخى
عن العقد لضرورة تحقيق المساواة فاذا استوفى المنفعة والعقد في حق المنفعة ينعقد شيئا
فشيئا يجب تسليم ما يقابله من الاجر وكان ينبغي ان يجب تسليمه شيئا فشيئا ولو خطوة او سكن ساعة الا
انا استحسنا وقدرنا بيوم ومرحلة لان ذلك يفضي الى ان لا يفرغ عنه ويحتاج الى ان يسلم الاجر كل ساعة وفيه

من الجرح ما لا يخفى بعض العمل غير مقصود لانه لا ينتفع بنوع حنطة بعضه او صبغ بعضه فكذا لا يستوجب
الاجر قبل الفراغ من العمل والمسح في حكم المرهون من حيث انه محبوس بالثمن والمرهون لا يستحق تسليمه الا بعد
قضاء كل الدين فكذا المسح وهكذا في كل اجارة للاجير فيها حق حبس لا احساس قوله وقالا لا يستحقه
حتى يشرجه وهذا اذا ضرب اللبن في ملك المستاجر فان ضربه في ملك نفسه فلا يجب الاجر عنده الا بالعد عليه بعد
اقامته وعندهما بالعد عليه بعد التشريج بناء على ان التشريج من تمام العمل عرفا وبه يقع الامن عن الفساد فصار
كالاخراج من التنور ولابي حنيفة رضي الله عنه ان العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن والتشريج عمل زائد عليه
ولم يلتزمه فلا يلزمه كالنقل من مكان الى مكان بخلاف الاقامة لانها من تمام العمل لان قبلها طين منتشر قوله
وعند ابي يوسف ومحمد رح العين كانت مضمونة قبل الحبس بالعقد فكذا بعد الحبس ولصاحبه الخيار ان شاء ضمنه
قيمته غير معمول لا اجر له لانه لم يصر مسلما اليه حقيقة قوله وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له
ان يحبس العين للاجر كالحمال وهذا يروى روايتين بالحاء المهملة من الحمل وبالجيم وهو مكاري الجمل والملاح لان
العين ليست معقودا عليها والعمل الذي هو معقود عليه حقيقة قد تلاشى واضمحل وليس لعمله اثر في العين
حتى يقوم الاثر مقام العمل فلا يكون له ولاية الحبس ضرورة بخلاف الابق اذا رده انسان فانه يحبسه للجعل ولا
اثر لعمله لانه لا يحبس للعمل لكنه لما رده كان على شرف الهلاك فصار بمنزلة احياء العين وبملكه منه فملك حبس
الجعل كانه باعه منه فاما ههنا فلم يوجد احياء العين ولا وصف قائم بالعين فلا يملك الحبس واما القصار فان كان
يقصر بالنشاستج او بياض البيض فله حق الحبس لانه اتصل بالثوب ما له اثر كما في الصبغ فاما اذا كان يبسط الثوب
لا غير فقد قيل ليس له حق الحبس لان البياض الذي حدث في الثوب غير مضاف الى عمله بل البياض كان حاصلا ولكن استتر
بالدرن والوسخ فزال ذلك بعمله وظهر البياض وقيل له حق الحبس لان ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالاوساخ
فصح الغسل احداثا للصفة البياض من حيث المعنى فيكون له حق الحبس كما في الحنطة فصل قوله اذا كانوا معلومين
هذا هو اختيار الفقيه ابي جعفر رح لان الاجر بمقابلة العمل فاذا اوفى بعض المعقود عليه دون البعض يستحق
الاجر بقدر ما اوفى ويبطل ما لم يوف وعن الفضلي اذا استاجره المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب ولم يجد الحنطة فجاء
ان كان قال استاجرتك حتى تحمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر بالذهاب وان قال استاجرتك حتى احمل من القرية
لا يجب شيء لان الاجارة الاخرى كانت بشرط الحمل لا غير وفي الاولى فكان العقد على شيئين على الذهاب الى ذلك الموضع
والحمل منه الى ههنا وقد ذهب الى ذلك الموضع فاوفى بعض المعقود عليه فيجب الاجر بحصته كذا في الذخيرة
قوله ليذهب بالكتاب يشير بالكتاب الى هذا الحكم فيما اذا استاجره بالذهاب بشيء ليس له حمل ومؤنة
حتى لو استاجره بالذهاب بالطعام والمسئلة بحالها فلا اجر له بالاتفاق على ما ذكر في المتن وقيد بالمجيء بالجواب لانه
لو لم يشترط عليه المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمة فيما اذا كان ميتا او غائبا فانه يستحق الاجر كاملا واما اذا رد فلا اجر له
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح له اجر الذهاب وقيد بانه ذهب بالكتاب لانه لو ذهب الى

فلان بالبصرة ولم يكن يذهب بالكتاب فلا اجر له وقيد بانه وجده ميتا لانه اذا لم يجده مسافرا فدفع الى فلان واتى بالجواب
فله الاجر كاملا لانه اوفى جميع المعقود عليه وبانه لو كان المكتوب اليه غائبا فدفع الى من ليدفعه اليه
او دفع الى المكتوب اليه ولم يقرأ او رجع بغير جواب فله اجر الذهاب لانه كان مستاجرا لايصال الكتاب اليه
ولمجيء الجواب وقد وجد الايصال بقدر الامكان ولم يوجد المجيء بالجواب فيجب اجر الايصال وقيد باستيجار الرجل
ليبلغ الكتاب لانه لو استاجره ليبلغ رسالته الى فلان بالبصرة فذهب الرجل فلم يجد المرسل اليه او وجده
الا انه لم يبلغه الرسالة ورجع فلا اجر له بالاجماع وقيد بانه رد لانه لو ترك الكتاب ثمة ولم يرد الى المرسل يستحق
اجر الذهاب بالاجماع وهذه الفروع استفيدت من الذخيرة والجامع الصغير لقاضي خان

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز قوله
صح العقد وله ان يعمل كل شيء والقياس ان لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع والانتفاع قد يكون
من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الامتعة فيبقى ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك وجه الاستحسان ان المقصود
معلوم بالعرف وهو السكنى فينصرف اليه لان المعلوم عرفا كالمشروط نصا وله ان يسكنها ويسكنها من شاء لانه
لا يتفاوت الناس في ذلك وله ان يعمل فيه كل شيء مما لا يضر بالبناء للاطلاق وذلك نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر
الحطب ووضع المتاع ونحو ذلك الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان ذلك يضر بالبناء فليس له ان يفعل
الا برضا المالك والحاصل ان كل عمل يفسد البناء او يوهنه وله ذلك لا يصير مستحقا للمستاجر بمطلق العقد
الا ان يشترطه وما لا يفسده فهو مستحق بمطلق العقد قوله الساحة وهي الارض الخالية من البناء والشجر قوله
فان اطلق الركوب قلت ذكر الاطلاق واراد به التعميم في المسئلتين بان قال على ان يركب ويلبس من شاء عملا بالاطلاق
قوله كل ما يختلف باختلاف المستعمل كالفسطاط ونحوه حتى لو استاجر فسطاطا فدفعه الى غيره اجارة او اعارة
فنصبه وسكن فيه ضمن عند ابي يوسف لتفاوت الناس في نصبه واختيار مكانه وضرب اوتاده وعند محمد رح
لا يضمن لانه للسكنى قوله وما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور بطل تقييده لانه لا يفيد لعدم التفاوت
حتى لو شرط سكنى واحد له ان يسكن غيره وما يضر بالبناء كاسكان الحداد ونحوه خارج بدلالة الحال قوله
لان المتعارف بناء على ان مطلق العقد يستفاد الاذن فيما هو معتاد والثابت عرفا كالثابت شرطا والضرب
والكبح باللجام معتاد بالسير وربما لا ينقاد الا به فكان الاذن ثابتا عرفا ولو اذن نصا لم يضمن المستاجر فكذا اذا
ثبت عرفا ويعتبر ما قال ابو حنيفة رحمه الله ضربها بغير اذن ربها لكنها وجنايته موجب للضمان وهذا لان المستحق
بالعقد سير الدابة لا السير بصفة الجودة وهو لا يحتاج الى الضرب والكبح في اصل السير وانما يستحق بهما
منها نهاية السير والجودة فيتقيد الاذن بمطلق العقد بما هو المستحق بالعقد على انه ان ابيح له الضرب
فيتقيد بشرط السلامة كضرب الزوج زوجته ومشيه في الطريق بخلاف ما اذا اذن المالك له نصا لانه بعد

الآذن بفعله كفعل المالك **قوله** كالمرور في الطريق فوجه الالحاق به من حيث حصول المنفعة بذلك الفعل للفاعل
لا لغيره لانه انما يبيح له الضرب هاهنا انما يبيح لمنفعة نفسه لا لحق المالك فان حق المالك في الاجر يتقرر بدونه ومثله
مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الصيد **قوله** وان استاجرها الى الحيرة وهي مدينة كان يسكنها النعمان بن
المنذر على راس ميل من الكوفة فجاوز بها الى القادسية وهي موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا ثم ردها
الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذا العارية قيل هذا اذا استاجرها واستعارها الى الحيرة ذاهبا لا جائيا
فاما اذا استاجرها او استعارها ذاهبا وجائيا او استعارها ذاهبا وجائيا فاذا جاوز الحيرة لم ينته العقد
فاذا عاد الى الحيرة عاد والعقد باق لان المستعير او المستاجر مامور بالحفظ بمقتضى الاجارة والاعارة اذ لا يمكنه
استيفاء المنفعة الا بالحفظ فما بقي العقد بقي الامر بالحفظ فاذا عاد الى الوفاق في الامر بالحفظ لم يعد صار محصلا
امر المالك في يد المامور بالامر فكان الرد الى يد المامور كالرد الى الامر وهذا هو الطريق للمودع اذا خالف ثم عاد
الى الوفاق لما عرف في الوديعة فاما اذا استاجرها واستعارها ذاهبا لا جائيا فالعقد انتهى بالوصول الى الحيرة
واذا انتهى العقد انتهى الامر بالحفظ لان الامر بالحفظ ما ثبت نصا وانما ثبت بمقتضى الاجارة والاعارة فقد انتهى بانتهاء
الاجارة والاعارة فاذا عاد الى الحيرة عاد والامر بالحفظ ليس بقائم فلا يصير محصلا امر المالك فلا يعود امينا بخلاف
المودع لان الامر بالحفظ في الوديعة ثبت قصدا وهو مطلق فيتناول كل زمان قبل الخلاف وما بعده فاذا عاد
الى الوفاق عاد والامر بالحفظ قائم فصار محصلا امر الامر وقيل لا بل هو ضامن في الوجهين وهذا معنى قوله
والجواب يجري على الخلاف والفرق ان المودع مامور بالحفظ من جهة المالك قصدا ونصا وهذا الامر مطلق فيتناول
كل زمان فاذا عاد الى الوفاق فقد وصل الرد الى من هو مامور بالحفظ من جهة المالك فصار برئا عن الضمان اما المالك
فما امر المستاجر والمستعير بالحفظ قصدا ونصا وانما امرهما بالاستعمال والانتفاع فكان لهما ولاية الحفظ
ضرورة الانتفاع فاذا جاوز الحيرة صار غاصبا للدابة ودخل في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان
الا بالرد على المالك او على من هو مامور بالحفظ من جهة المالك لم يوجد وهذا اصح وقيل الاول اصح **قوله** ولا
يضمن بحسابه اي بقدر الزيادة لعدم الاذن في قدر الزيادة وهذا لان الاكاف والسرج جنس واحد لكون كل واحد
منهما اداة للركوب فكان الاذن بهذا اذنا بذلك الا انه اذا كان اثقل منه لا يكون اذنا بتلك الزيادة وهو
معنى قوله لا يسرج بمثله الحمر بان يسرج الحمار بسرج البرذون فكان بمنزلة الاكاف **قوله** فيضمن بحسابه عند
ما قال ابو حنيفة رح ان الخلاف في الاكاف بالصورة ومعنى لاختلافهما هيئة فيضمن جميع القيمة اذا عطبت
كما اذا حمل الحديد مكان الحنطة **قوله** يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه بناء على انه ليس بمخالف معنى العرف الا يعني
الا اذا كان زائدا على الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج بمثله الحمر ضمن كل القيمة لانه يعد
اتلافا للدابة كما اذا ابدل الحنطة بالحديد **قوله** وان حمله في البحر فيما يحمله الناس صح لعجز التفاوت اي اذا الملك ان
البحر يتلف فيعد عرضة للتلف حتى لو للمودع ان يسافر بالوديعة في البر دون البحر وكان التفاوت فاحشا بين البر

والبحر في الخطر فاذا قيده بما لا خطر فيه صح التقييد واذا التقييد ثبت الخلاف في اذا ثبت الخلاف وجب الضمان
وان بلغ فله الاجر المسمى لان المقصود قد حصل وبالتبليغ ارتفع التفاوت معنى لا صورة **قوله** ومن دفع
الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء واقر بالخلاف فلرب الثوب الخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وترك القباء
عليه وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى فقيل اراد بالقباء القرطق الذي هو ذو طاق
واحد فان هذا القباء يشبه القميص لان بعض الناس يستعملونه استعمال القميص فكان موافقا من وجه وان شاء
رضي به باعتبار جهة الموافقة وان شاء ترك باعتبار جهة المخالفة وقيل هو يجري على اطلاقه لانه اطلق في الكتاب القباء
فذلك على ان الحكم في الكل واحد وقد وجد التفاوت بينهما في المنفعة من حيث دفع الحر والبرد وستر العورة والكل
واحد كما في دخل في دخريص وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه لا خيار لرب الثوب في الخياط ضامن قيمة ثوبه لان القباء
جنس اخر غير جنس القميص فكان مخالفا من كل وجه فكان غاصبا من كل وجه وحكم الغصب كذلك ووجه هذا وجه ظاهر
الرواية ان الخياط موافق من وجه ومخالف من وجه فصار كما لو خالفه في خياطة القميص من حيث الطول والقصر اما
الخلاف فظاهر واما الوفاق فلان القباء يشبه القميص الا ترى انه اذا شد وسطه فيصير بمنزلة القميص ينتفع به
فان مال الى الخلاف ضمنه قيمته وكان الثوب للخياط وان مال الى الوفاق بتلك الصفة المخصوصة فاذا لم يكن على تلك
الصفة وجب اجر المثل الا ترى انه لو خاطه قميصا مخالفا لما وصفه لم يجب المسمى لفوت وصف عامله المسمى فهاهنا احق
ولا يجاوز به المسمى كما هو الحكم في الاجارة الفاسدة

باب الاجارة الفاسدة

لما فرغ
من بيان احكام الاجارة الصحيحة شرع في بيان الاجارة الفاسدة وقدم الصحيحة لانها موجودة باصلها ووصفها
فهي اولى بالتقديم من الفاسدة التي هي موجودة باصلها دون وصفها ولان الاصل في عقود اهل الاسلام الصحة
فكان اولى بالتقديم **قوله** الاجارة يفسدها الشرط مثل ان يستاجر رحى ماء على انه ان انقطع الماء فلا اجر عليه
لان هذا الشرط مخالف لموجب العقد فموجب العقد ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط
يخالف موجب العقد فهو مفسد للعقد لان الاجارة تنبني على المضايقة والمماكسة فيفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه
يكون سببا للمنازعة الا ترى ان النكاح لما بني على المسامحة والمساهلة لا يفسد بالشرط مثل ان يستاجر عبدا شهرا
بمائة على انه ان مرض فيه لم يحط بقدر الايام التي مرض فيها من الشهر الداخل فهذا فاسد بجهالة مدة الاجارة فلا يدرى
في اي مقدار من الشهر مرض فيه ليدخل في العقد بقدر ذلك من الشهر الداخل في هذا الشرط بخلاف مقتضى العقد لان
مقتضاه انتهاؤه بمضي المدة بمثل من استيفاء المعقود عليه او التمكن وهذا الشرط يخالف ذلك **قوله** والواجب
في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى اي الواجب الاقل من اجر المثل ومن المسمى وقال زفر والشافعي رح يجب اجر المثل
بالغا ما بلغ لان المنافع متقومة عندهما واذا تعذر ايجاب المسمى للفساد يجب المصير الى القيمة كما في بيع الاعيان ولنا
ان المنافع غير متقومة بنفسها لان التقوم يستدعي سبق الاحراز وما لا بقاء له كيف يحرز وانما صارت متقومة شرعا
بالعقد لضرورة حاجات الناس اليه ولا تعامل لما كان بقوم المنافع بالعقد فاذا فسد العقد ينبغي ان لا يجب شيء الا ان الاجارة
الفاسده

ملحقة بالإجارة الصحيحة لكونها تبعا لها والبيع يستحق بدون الأصل وهذا لأن الفاسد مشروع بأصله
دون وصفه وفي تمييزه من الصحيح حرج فألحقناه به فإذا التحق الفاسد بالصحيح معتبر في الإجارة الفاسدة
ما يجعل بدلا في الصحيح عادة وهو أجر المثل إلا أنه إذا كان المسمى أقل يجب المسمى لاتفاقهما على هذا القدر فلم يظهر
التقوم فيما زاد على ذلك وإذا نقص أجر المثل يجب أجر المثل لفساد التسمية بخلاف بيع الأعيان فإن العين متقوم
في نفسه فلا يحتاج إلى اعتبار العقد لإظهار القيمة والموجب الأصلي فيها القيمة فإن صحت التسمية نقل عنها إليها وإلا
قوله لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد يصح فإن لم يسم قسط كل يوم ويعتبر ابتداء
المدة مما سمى وإن لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حكم الإجارة سواء وفي مثله يتعين
الزمان الذي يعقب السبب كما في الآجال والأيمان بأن حلف لا يكلم فلانا شهرا بخلاف الصوم فإنه إذا نذر أن يصوم
شهرا لم يتعين الشهر الذي يلي النذر لأنه يختص بالشروع في بعض الأوقات حتى الليل لا يصلح لذلك **قوله**
لأنها هي الأصل يعني الأهلة أصل في الشهور قال تعالى يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ والأيام
بدل عن الأهلة ألا ترى إلى قوله صلعم صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم الهلال فأكملوا عدة شعبان
ثلاثين يوما وإنما يصار إلى البدل إذا تعذر اعتبار الأصل إن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة رحمه الله
وهو رواية عن أبي يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف يعتبر شهر بالأيام وأحد عشر شهرا بالأهلة
لأن الأهلة أصل والأيام بدل في الشهر الواحد يتعذر اعتبار الأهلة وفي أحد عشر شهرا اعتبار ما هو الأصل
ممكن فلا معنى للمصير إلى البدل ولأبي حنيفة رح أنه لما تعذر اعتبار الشهر الأول بالأهلة تعذر اعتبار
الثاني والثالث لأن الشهر الأول وجب تكميله من الشهر الثاني لأنه متصل به فينتقص الثاني أيضا فوجب تكميله
من الثالث هكذا إلى آخر المدة ونظيره العدة **قوله** ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد صح أنه
صلعم دخل حمام جحفة وما فيها من الجهالة ساقط العبرة لمكان الضرورة **قوله** وأما الحجام فلما روي أنه احتجم
وأعطى الحجام أجرة ولو كان حراما لم يعطه إياه لأنه كما لا يحل أكل الحرام لا يحل دفعه لغيره ليأكل وقوله صلعم من
السحت كسب الحجام منسوخ بما رويناه **قوله** ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الإناث
ولأنه استئجار لاستيفاء العين قصدا والأمر موهوم وهو الإحبال **قوله** وعند الشافعي يصح يعني كل ما لا
يتعين على الأجير إقامته فالاستئجار عليه صحيح لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز كالاستئجار
على بناء المسجد ولنا قوله عليه السلام اقرءوا القرآن ولا تأكلوا به وقال صلى الله عليه وسلم لعثمان بن أبي العاص صل
بالقوم صلاة أضعفهم وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجرا ولأن القربة متى وقعت يقع ثوابها للفاعل لا لغيره
ولهذا اعتبر كونه أهلا للقربة فيشترط نيته لأنه الآمر ولو استقل فعله إلى الآمر لشرط فيه الآمر وأهليته
كما في الزكوة فكان أخذ الأجر على عمل نفسه لا للمستأجر فلا يجوز كما في الصوم والصلوة والفتوى على أنه يجوز الاستئجار
على تعليم القرآن اليوم لأن المتقدمين في ذلك الزمان لرغبة الناس في التعليم حسبة ومروءة المتعلمين في مجازاة الإحسان

بالإحسان بلا شرط وفي زماننا قد زال المعنيان فلو لم يستأجر عنه يضيع حفظ القرآن ولا يستعد لتحصيل الحكم
باختلاف الأوقات ألا ترى أن النساء يخرجن إلى الجماعات في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله عنه حتى
منعهن عمر رضي الله عنه عن ذلك وكذا يفتى بجواز الإجارة على تعليم الفقه قال في المختار يجبر الأب على دفع الأجر
إلى الأستاذ وكذا يجبر على الحلوة المرسومة وقيل في زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر كذا في الروضة
قوله لأنه استئجار على المعصية وهو باطل وهذا لأن بعقد الإجارة يستحق تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز
أن يستحق على المرء شيء يكون عاصيا به شرعا **قوله** ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة وزفر رح فيما ينقسم
وفيما لا ينقسم إلا من الشريك وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رح يجوز وتفسيرها في الجنس وعلى ذلك صورته
أن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك أو يؤجر نصف عبده أو نصف حانوته لهما أن هذا
عقد معاوضة فيجوز في الشائع كالبيع وهذا لأن موجب الإجارة ملك المنفعة وللجزء الشائع منفعة ولهذا
إذا سكن المستأجر فيها يجب أجر المثل على قول أبي حنيفة ولو كان فاسدا أصلا لما انعقد كالإجارة على منافع الرضيع
والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما أجر من شريكه ولو كان الشيوع مانعا لما جاز ولو طرأ من جانبين يجوز
وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعا ولأنه لو أعار نصف داره شائعا يصح وأثر الشيوع
في منع التبرع أكثر في المنع من المعاوضة كما في الهبة مع البيع فإذا جاز تمليك منفعة نصف الدار بطريق التبرع
فبطريق المعاوضة أولى ولأبي حنيفة وزفر رح أنه يتعذر استيفاء المنفعة على الوجه الذي اقتضاه العقد
ولا يصح وهذا لأن استيفاء المنفعة من النصف شائعا لا يتصور إذ الانتفاع أمر حسي والشائع لا يحتمله فالسكنى
من الساكن لا يتصور في جزء شائع وإنما يحل جزءا معينا وكذا سائر الانتفاعات لا يتصور في الشائع وإذا لم يتصور
استيفاء المنفعة من الجزء الشائع فهو ما أضاف العقد إليه ملتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه فيفسد كالواجر
الآبق وهذا لأن شرط صحة العقد أن يكون مقدور التسليم في نفسه وتسليم المشاع وحده لا يتصور وإنما يتصور
بطريق التهايؤ إما بتسليم كل الدار في كل المدة وهو باطل لأن العقد لم يتناول كل الدار في كل المدة وهو لا يسلم كل الدار
في كل المدة ما حصل إذ فيه ضرر عظيم أو بتسليم كل الدار في نصف المدة أو بهما يتناوبان وهو باطل أيضا لأن
التهايؤ إنما يستحق حكما لملك المنفعة وملك المنفعة حكم عقد الإجارة وكونه مقدور التسليم شرط العقد
وشرط الشيء يسبقه وحكم الشيء يعقبه أو يقارنه فلا يصلح شرط جواز العقد لئلا يتعلق الحكم شرطا وهذا
لأنه لا وجود للحكم إلا بصحة العقد ولا صحة للعقد إلا بما هو شرط فلا يصح أبدا والتخلية إنما اعتبرت
تسليما إذا كانت تمكينا وإنما تكون تمكينا إذا حصل بها التمكن والتمكن لا يحصل به فلم يعتبر فعله تمكينا بخلاف
البيع لحصول التمكن فيه وأما إذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا يظهر معنى الشيوع وإنما يظهر الاختلاف
في حق السبب فالبعض بحكم الملك والبعض بحكم الإجارة ولا عبرة لاختلاف السبب مع اتحاد الحكم فإذا لم يظهر
الشيوع منع العقد على أنه لا يصح في رواية عن أبي حنيفة لأن استيفاء المنفعة التي تناولها العقد لا يتأتى

المعقود بها وهو منفعة مصيبة وذلك مفسد للإجارة كمن استأجر أحد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب
فإنه لا يجوز لأن الشيوع المعقود عليه لا يمكن بما يتناوله العقد وإن مات أحد المستأجرين حتى بطل العقد في
نصيبه فعن أبي حنيفة يفسد العقد في حق الآخر لأن الإجارة تتجدد انعقادها بحدوث المنفعة وكان هذا
كشيوع مقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الآخر لأن تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه وأما
أصل العقد فمنعقد لازم وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والشيوع الطارئ لا يبطل العقد كما في الهبة
إذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وهذا لأن شرط العقد قد وجد فصح العقد وبقاء الشرط
ليس بشرط لبقاء العقد ولأن الشيوع إنما يبطل لفوت القدرة ولا قدرة تشترط في حال البقاء كالحد لا يلحق
بعد العقد وأما إذا آجر من رجلين فلأن العقد أضيف إلى كل الدار ولا شيوع فيه وإنما الشيوع يظهر حكما لتفرق
الملك فيما بينهما وهو طارئ ثم إنما وجب أجر المثل إذا سكن لأن الفساد للعجز عن التسليم فلا يمنع الانعقاد على
الفساد كما إذا باع عبدا بألف درهم فإن العقد ينعقد على الفساد حتى إذا قبض الألف ملكها بحكم العقد
الفاسد ولو استأجر طريقا للمرور فيها ولم يبين موضعه لم يجز عند أبي حنيفة وهو فرع اختلافهم في إجارة المشاع
قوله ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة لقوله تعالى فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ والمراد بعد
الطلاق وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فأقرهم عليه ولأن الحاجة ماسة إليه إذ
الصغير لا يربى إلا بلبن الآدمية فالأم قد تعجز عن الإرضاع لمرض أو موت أو حبل فلا يحصل المقصود إلا
باستئجار الظئر ثم قيل إن المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه واللبن يستحق
تبعا بمنزلة الصبغ في صبغ الثوب فيصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة وقيل العقد
يرد على اللبن لأنه المقصود والخدمة تابع ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجرة وإن قامت بمصالحه
فلو كان اللبن تبعا لم يكن البدل بمقابلته لاستوجب الأجر وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رح والصحيح هو
الأول لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان قصدا كما لو استأجر بقرة أو شاة مدة معلومة ليشرب
لبنها قوله ويجوز بطعامها وكسوتها عند أبي حنيفة رضي الله عنه استحسانا وعندهما لا يجوز قياسا
وهو قول الشافعي رح بناء على أن الأجرة مجهولة لأن الطعام مجهول الجنس والقدر والصفة والكسوة كذلك
فلا يصح كما لو استأجرها للخبز والطبخ بطعامها وكسوتها ولأبي حنيفة أن الجهالة إنما تفسد العقد لما أنها
تفضي إلى المنازعة لأن العادة الظاهرة بين الناس التوسعة على الأظآر والجري على موجب مرادهن لا يمنعه
ذلك لا يرجع إلى الولد ثم صار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ وغير ذلك لأن الجهالة تفضي إلى
المنازعة لجريان المماكسة والاستقصاء فيها قوله وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها بناء على أن الوطء
حق مستحق له فلا يبطل بعقد الإجارة بحكم عقد النكاح بل يتجدد الإجارة تستقيما إذا احتاله قوله وعليها
أن تصلح طعام الصبي وتغسل ثيابه بناء على أن العادة فيما بين الناس أن الظئر هي التي تتولى ذلك فصار ذلك

كالمشروط وهذا لأن هذه الأشياء من توابع الإرضاع والأصل أن الإجارة إذا وقعت على عمل فما كان من توابع ذلك العمل
ولم يشترط في الإجارة على الأجير فالمرجع فيه العرف وطعام الصبي على أبيه وعلى الظئر أن تهيئه للعرف قوله
وكذا إذا استأجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه أو رجلا يحمل له طعاما بقفيز منه فإنه لا يجوز وإن حمله فله أجر مثله
لا يجاوز به الأجر قفيزا أما فساد الإجارة فلأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فكان في معنى قفيز الطحان وقد
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر رجلا أو ثورا ليطحن حنطة هذه بقفيز من دقيقها
ولأن المسمى غير مقدور التسليم عند العقد وهو بعض المحمول والمستأجر عاجز عن تسليم ما سماه فإنما يصير
مقدور التسليم بفعل الغير فلا يعد قادرا بأصل حصوله ولأنه جعل الأجر ما لا يمكن تسليمه إلا بعمل الأجير الذي
يستحق عليه بحكم العقد وهو القفيز من دقيقها فيصير القدرة على التسليم التي هي شرط العقد قائمة بحكم العقد
فيصير بمنزلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكما وكذا لا يصلح قائما بحكمه وأما وجوب أجر المثل فلأنه سلم له المعقود عليه
لأن العامل لم يصر شريكا في العين لأنه إنما يشترط له قفيز محمول وليس المحمول في ابتداء التسليم بخلاف ما إذا استأجره
ليحمل طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الأجر أصلا لأن المستأجر قد ملك الأجير في الحال بالتعجيل فصار حاملا طعاما
مشتركا بينهما ومن حمل طعاما مشتركا لا يستحق الأجرة لما سيأتي لا يقال يلزم أن الإجارة هنا وإن صادفت محلا غير
مشترك ابتداء فقد صادفت محلا مشتركا انتهاء لأن العمل يتم والمحل مشترك لأنه يجب بعض الأجر بابتداء
العمل لأنها لو صادفت محلا غير مشترك ابتداء وانتهاء ينعقد جائزا ولو صادفت محلا مشتركا ابتداء وانتهاء
لا ينعقد أصلا فإذا صادفت محلا غير مشترك ابتداء ومحلا مشتركا انتهاء لم يمنع الانعقاد ومنع الجواز
ولا يجاوز بالأجر قفيزا لأن الإجارة لما فسدت وجب الأقل من المسمى ومن أجر المثل لرضاه بحط الزيادة وهذا
بخلاف ما لو اشتركا في الاحتطاب فإنه يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد لأن المسمى غير معلوم ثمة فلا يصح الحط
قوله وقال أبو يوسف ومحمد رح في الإجارات هو جائز يعني ما قالاه أن العقد وقع على عمل معلوم ببدل
معلوم فصار كما لو لم يذكر الوقت وهذا لأن المعقود عليه هو العمل لأنه المقصود في الإجارات وذكر الوقت
محمول على التعجيل لا المعلق العقد به تصحيحا للعقد حتى لو فرغ منه في نصف النهار فله الأجر كاملا ولو
لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمله في الغد لأنه صار أجيرا مشتركا ومعنى ما قال أبو حنيفة رضي الله عنه أن المعقود
عليه مجهول والجهالة المعقود عليه يفسد العقد وهذا لأن ذكر الوقت يدل على أن المعقود عليه المنفعة
إذ الوقت يختص بتقدير المنفعة وذكر العمل يدل على أن المعقود عليه العمل والجمع بينهما غير ممكن لأن
العمل متى صار معقودا عليه لم يجب الأجر إلا بالعمل ومتى صار المعقود عليه المنفعة يجب الأجر بتسليم النفس
فأغراض الناس في ذلك مختلفة فلا يمكن أحدهما معقودا عليه لوجود التعارض وعدم الترجيح إذ مقصود
المستأجر العمل لا منفعة فيه ومقصود الأجير الوقت لأن منفعته فيه لأنه لا يستحق الأجر بالتسليم ولم يعمل
وجهالة المعقود عليه تمنع الجواز العقد للإفضاء إلى المنازعة فإنه إذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم

فللمستأجر ان يقول انما فسخت في نصف المدة حتى يأتي بما يسميه الوقت واما استعمله اذا لم يفرغ من العمل
الى الليل فللأجير ان يقول عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة
اذا قال في اليوم لانه للظرف لا للمدة وكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم لانه للمدة وقد مر نظيره في
الطلاق قوله ومن استأجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها فهو جائز واصله ان الشرط متى كان
من مقتضيات العقد فلا يفسده والا يفسده ثم شرط السقي والكراب مما يقتضيه العقد لان الزراعة لا تتأتى
الا بهما فاما التثنية وهو ان يرد الارض مكروبة او يكربها مرتين في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة
سنة واحدة شرط مخالف لمقتضى العقد ولاحد العاقدين فيه منفعة اما على التفسير الاول فلان الارض
ينتفع به خاصة واما على التفسير الثاني فلأن منفعة الكراب مرتين تبقى بعد انقضاء مدة الاجارة حتى لو كانت
المدة ثلث سنين مثلا لا تبقى منفعته لا يفسد العقد وكذا لو كانت الارض في بلدة يحتاج الى تكرار الكراب ليخرج الريع
لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون من مقتضيات العقد حينئذ واما اذا شرط عليه ان يسرقنها
فانما يفسد العقد اذا بقيت منفعته بعد انقضاء المدة واما اذا لم تبق لا يفسد واما شرط كري الانهار فلانه
شرط لا يقتضيه العقد لانه من جملة التمكين من الانتفاع وذلك مستحق على الموجر فاشتراطه على المستأجر
مخالف لمقتضى العقد وليس المراد بكري الانهار الجداول في الصحيح لانه لا تبقى اثره الى العام الثاني وكان المستأجر
هو المنتفع خاصة دون غيره وهو واجب على المستأجر بدون الشرط فاذا شرط على المستأجر فقد شرط ما يقتضيه
العقد فلا يفسد العقد وانما المراد بها الانهار العظام فاسم الانهار على الاطلاق لا يتناول الجداول لان
منفعة كريها تبقى الى العام الثاني فقد شرط الموجر عليه عملا تختص هو بمنفعته فيفسده قوله وان استأجرها
ليزرعها بزراعة ارض اخرى او دارا ليسكنها بسكنى دار اخرى او دابة يركبها بركوب دابة اخرى او ثوبا
ليلبسه بلبس ثوب اخر لا يجوز عندنا وقال الشافعي رح يجوز بناء على ان المنافع كالاعيان عنده ومبادلة
العين بالعين بجنسه وبخلاف جنسه صحيحة عند المساواة ولهذا يصح الاجارة بدل دين لو لم تكن في حكم
العين لكان بيع الدين بالدين وكذا السكنى بالخدمة يصح ولم يجعل دينا بدين فكذا اذا قوبل بجنسه ولنا ما حكي
ان ابن سماعة كتب الى محمد رحمهما الله وقال لم لا يجوز سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد في جوابه انك اطلت الفكرة
فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت ان اجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع قوهي بقوهي
نسيئة بيانه ان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذا غير موجود في الحال فاذا اتحد الجنس كان كمبادلة الشيء
بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم النساء عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النساء في الجنس المختلف
ليس بحرام كما لو اسلم قوهيا في مروي ولانا انما جوزنا الاجارة بخلاف القياس لمساس الحاجة ولا مساس عند اتحاد
الجنس فانما يمس عند اختلاف الجنس الكامل جريان الفضول في الاجارة ما شرع الا لابتغاء الفضول قوله ولنا انه
استأجر لعمل لا وجود له وهذا لان العقد ورد على ما لا يحتمل الوجود فيبطل لا ينعقد كاجارة ما لا منفعة له لان المعقود

عليه حمل النصف الشائع وحمل النصف الشائع غير متصور لان الحمل فعل حسي لا يتحقق في الشائع بخلاف البيع
لانه تصرف شرعي وهو يحتمله اذا لم ينعقد لا يجب الاجر اصلا ولان ما من جزء يحمله من الطعام الا وهو شريك فيه فيكون
عاملا لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى الغير وبدون التسليم
لا يجب الاجر فان قيل الامر انه عامل للغير ايضا لكن جعله عاملا لنفسه اولى لان الاصل ان الانسان يعمل لنفسه مع
ما فيه من التمليك للمنافع المعدومة ولانه لو كان عاملا لنفسه لا يجب الاجر ولو كان عاملا للغير يجب فلا يجب
بالشك ولا يقال المحمول لما كان مشتركا وجب ان يقع الحمل مشتركا لان وقوع الحمل مشتركا محال لانه عرض وهو لا يتجزى بخلاف
الدار المشتركة لان المعقود عليه ثمة المنافع ويتحقق تسليمها بلا وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه
ملك نصيب صاحبه والملك وصف حكمي والشائع يقبل الصفات الحكمية قوله وجه الاستحسان ان الجهالة
ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا فان قيل لم ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب
للفساد وهو احتمال ان يزرع ما هو المضر بالارض لانه ان زرعها جاز ان يكون ما زرعها مضرا بالارض فيقع
المنازعة بينهما بسبب ذلك قلت الاصل اجازة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان يصحح بقدر
الامكان والمانع الذي يفسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه وعند استيفاء
احد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز قوله كما اسقط الاجل المجهول بان باع الى الحصاد والدياس
ثم اسقط الاجل قبل ان يأخذ الناس في الحصاد قوله والخيار الزائد في المدة بان شرط اربعة ايام واسقط
الرابع قبل ان يجيء وقته فان قلت كيف جعل هاتين المسئلتين مقيسا عليهما وزفر رح لا يقول بانقلاب الجواز
عند اسقاط المفسد قلت جاز ان يكون هذا من قبيل قياس المختلف على المختلف ويجعل هاتين المسئلتين من المسائل
المسلمة لاقامة الدليل على بطلان قول من يقول بدوام الفساد بعد اسقاط المفسد والله اعلم

باب ضمان الاجير

لما ذكر ابواب الاجارات صحيحها وفاسدها ساق النوبة
الى ذكر احكام بعد عقد الاجارة ومنها الضمان اعلم ان الاجير فعيل بمعنى فاعل وقال الاساس اجرني داره فاستأجرتها
وهو موجر ولا تقل مواجر فانه خطأ وقبيح لانه مستعمل في السب قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى
يعمل ويعمل لغير واحد كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره اي الوصف الذي يحدث
في المحل بعمله لم يستحق عليه مثل ذلك العمل لغيره لان ما استحقه الاول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم
فان المسلم فيه لما كان دينا في ذمته لا يتعذر عليه قبول السلم من غيره ولهذا سمي مشتركا لان له ان يعمل لمن شاء ولم يصر
منافعه مستحقة لواحد قوله والمتاع امانة في يده ان هلكت لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وزفر
والحسن بن زياد رح وهو القياس سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب او بامر لا يمكن التحرز عنه كالحريق
الغالب والعادة الغالبة والمكابرة وقالا ان هلك بامر لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان وان هلك بامر يمكن التحرز عنه
فعليه الضمان استحسانا لان عمر وعليا رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك احتياطا لاموال الناس ولان

ولان المعقود عليه ايضا الحفظ وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما عن عيب يسبب الهلاك الذي يمكن الاحتراز عنه المقصر في الحفظ ولو بالغ لا يندفع فاذا هلك بما يمكن الاحتراز عنها كالغصب والسرقة صار مقصرا بترك الحفظ الذي ضمنه له بعقده فيضمن كالوديعة اذا كان باجر وصار مثل الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق فاذا احرق كان ضامنا وهذا لانه لا يتوصل الى اقامة العمل الا بالحفظ والعمل السليم مستحق عليه وما لا يتوصل الى المستحق الا به يكون مستحقا الا ان ما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا كالموت حتف انفه والحرق الغالب ونحو هما لان الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن لعدم الجناية والتقصير منه ولابي حنيفة رحمه الله ان العين امانة عنده لان قبض العين باذن المالك لمنفعته ومنى اقامة العمل فيه له فلا يكون مضمونا عليه كالمودع واجير الوحد وهذا لان الضمان انما يجب بالتعدي او بالعقد ولم يوجد واحد منهما اما التعدي فلانه قبض باذن المالك واما العقد فلانه ورد على العمل لا على العين فلا يصير العين به مضمونا ولهذا لو هلك بما لا يمكن التحرز عنه لا يضمن ولو كان مضمونا لضمنه كالغصب واما الحفظ فغير معقود عليه لكنه وسيلة اليه ولهذا لا يقابله الاجر وجعل العين تابعا للعمل فلا يصير مضمونا به الا عن ضرورة كما في الحسن اذ لا يقدر على حسن اثر فعله الا بحبس العين بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا اذ العقد عقد حفظ والاجرة مقابلة الحفظ وعن علي كرم الله وجهه انه كان لا يضمن القصار والصباغ وغير ذلك وكانت المسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم ولا يجب تقليد البعض **قوله** لانه امره بالفعل مطلقا فينتظم بنوعيه المعيب والسليم واما التخرق لضعف في الثوب وان كان المعنى فعله فالاحتراز عنه غير ممكن اذ الدق المصلح لسخف وسعه ولئن كان في وسعه فلا يمكنه التحرز عنه الا بحرج وما فيه حرج ملحق بما ليس في الوسع كالنزاع والفصاد والحجام والختان فانه لا يجب عليهم الضمان اذا سرى الى النفس لهذا المعنى ولان المحمل يستحق عليه وما يستحق عليه لا يتقيد بما ليس في وسعه وبه فارق المسبب في الطريق والرمي الى الهدف فانه مباح غير مستحق عليه فيتقيد بشرط السلامة ولنا ان التلف حصل بعمل غير ماذون فيه فيكون مضمونا كالدق الموثوق بغير امره وهذا لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد العمل المصلح لان الاذن انما يثبت ضمنا للعقد والعقد ينعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا لم يسلم المعقود عليه بالسلم يثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع آخر بخلاف معين القصار لانه متبرع وعمل المتبرع لا يتقيد بوصف السلامة كيلا يمتنع عنه مخافة الغرامة وهنا يعمل بالاجر فيتقيد بوصف السلامة وبخلاف النزاع والفصاد ونحوهما لان العقد لم يتناول العمل الصالح لان ذلك العمل افساد وانما السلامة المطلوبة من العمل ان لا يجاوز القدر المقدر ومتى جاوز ضمن وههنا الملتزم بالعقد الدق المزيل للحسن ولانه لا يمكن الاحتراز عن العمل السارى لان السراية والاقتصار يبتنيان على قوة المحل على احتمال الالم وسيلان الدم

وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والخارج عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال فاما التحرز عن التخرق فهو في وسع القصار الا انه ربما يلحقه الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه وعقده واما ما يحصل في خطابات الشرع رحمة ونظرا وبخلاف اجير الواحد لما نبينه **قوله** واذا استاجر من يحمل دنا من الفرات اعلم انه اذا استاجر حمالا ليحمل له شيئا على ظهره او على دابته الى موضع معلوم فانكسر في بعض الطريق او كسره عمدا فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمته في هذا المكان ويعطيه اجر ما حمل لانه اوفاه المنافع الى ههنا ولا خيار عنده اما الضمان عندنا في مسئلة الانكسار فلان الحمال اجير مشترك فيضمن ما يتلف بجنايته ولان السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنعه واما الخيار فلان الحمال موافق من وجه فانه امر بالحمل وقد حمل مخالف من وجه لانه امره بالحمل على وجه يصير محمولا الى المكان معين ولم يات بذلك الحمل فان مال الى جهة الخلاف ضمنه في المكان الذي حمل ولا اجر لانه لم يسلم العمل وان مال الى الوفاق ضمنه في المكان الذي انكسر واعطاه من الاجر بحسابه ولان المعقود عليه فات بعضه فصار كالمبيع المعين اذا فات بعضه وبه خير المشتري كذا ههنا فان قلت كيف يضمنه في موضع الحمل ولم يوجد منه سبب الضمان ثمه قلت لانه لما انكسر في الطريق والحمل شيء واحد حكما اذ الحمل المستحق بالعقد ما يتصل به وهو ان يجعله محمولا الى موضع عينه ظهر انه وقع تعديا ابتداء وفي الحقيقة ابتداؤه سليم وانما صار تعديا عند الكسر فان مال الى الوجه الحكمي فلا اجر لانه ما استوفى شيئا منه اصلا وان مال الى الوجه الحقيقي فله الاجر بقدر ما استوفى الاجر والضمان لا يجتمعان عندنا في حالة واحدة وقد اختلفت الحالة ههنا وهذا لانه اذا ضمنه قيمته في مكان انكسر فقد جعل المتاع امانة عنده من حيث حمل الى موضع انكسر فالاجر في حالة الامانة وانما صار مضمونا في حالة الكسر وهذه حالة اخرى وان تلف في يده بغير فعله قال رحمه الناس لا يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما **قوله** واذا افتصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت وحجام حجم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه بناء على انه لا يمكنه التحرز عن السراية لان البناء على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الالم وذلك مجهول لانه يكون ضعيف المزاج لا يسلم مثله وقد يسري الى النفس وربما يكون قوي المزاج فيحتمل في تلك الساعة ولا اطلاع للفصاد ونحوه على قوة طبعه وضعفه فلا يتقيد بالمصلح من العمل وكيف يستحق السلامة بالعقد ههنا والمطلوب هو الجرح وهو افساد ونحن نقول بعينه كما ترى والسلامة ضده ولا كذلك في التوب ونحوه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقيد بالمصلح فاذا افسده ضمنه **قوله** وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان لانه ذكر في مسئلة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى لو تجاوز يجب الضمان وفي مسئلة الجامع الصغير بيان ان اجر وحجامة العبد بامر المولى حتى انه اذا لم يكن بامره يجب الضمان فيجعل المذكور في احدهما مذكورا في الاخرى نظير هذا في مسائل الارث حكم ما فوق الاثنين في قوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك ثم ذكر حكم الاختين ولم يذكر ما فوقهما في الاختين في قوله تعالى فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان

ولنا ان الكلام ... [illegible]

مما تركه حتى يستفاد حكم غير المذكور في احدهما مما هو المذكور في الاخرى **قوله** وان يفصل العمل على بناء
المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد رح في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبض رب
الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد لانه لو اجبر بحكم العقد الذي جرى
بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما
فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان فعل الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط
لم يعمل اصلا **قوله** ولا ضمان على الاجير الخاص فيما يتلف عليه لان العمل ليس بمضمون عليه بدليل انه يستحق البدل
من غير عمل وما تولد من فعل غير مضمون عليه لا يكون مضمونا لكن اذا تعمد الفساد ضمن كما يضمن المودع

باب الاجارة على احد الشرطين

لما ذكر الاجارة على شرط
واحد من غير تعليق بالشرطين حتى لا تفسد الاجارة ما كان شرطا على خلاف مقتضى العقد ذكر في هذا الباب الاجارة على
احد الشرطين لان الاثنين بعد الواحد **قوله** واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم الى اخره وجنس
هذه المسائل على ثلثة اوجه في وجه غير جائز بالاتفاق وهو ما قال للخياط ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته
غدا فلا شيء لك وفي الوجه الثاني جائز بالاتفاق وهو ما اذا قال ان خطته خياطة رومية فلك درهم وان خطته خياطة
فارسية فلك نصف درهم او يقول ان خطته قباء فلك درهم وان خطته قميصا فلك نصف درهم وعلى قول
ابي حنيفة رح الاول العقد فاسد كله وهو قول زفر والشافعي وهو القياس ثم رجع ابو حنيفة رح فقال الشرطان
جائزان وهو قول ابي يوسف ومحمد رح والثالث مختلف فيه وهو ان يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا
فلك نصف درهم وكل من قال بالجواز قاسه على الوجه الثاني اما الوجه الاول فانه مخاطرة لانه في صورة القمار فكان
فاسدا بالاتفاق لانه نصر بعد بكلامه كانه قال لك اجر درهم على خياطته او لا شيء لو قال ذلك كان فاسدا وكان له
اجر مثله لا يجاوز به درهم هكذا مثله كذا في المبسوط **قوله** وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدابة
الى الكوفة بكذا او الى بغداد بكذا او الى واسط بكذا فكله جائز عند اصحابنا وكذا هذا في انواع الخياطة والصبغ
والزراعة بان قال للمزارع ان زرعتها بغير كراب فلك ربع الخارج وان زرعتها بكراب فلك ثلثه وان زرعتها
بكرابين فلك نصف الخارج واي ذلك عمل فله بشرطه كذا ذكره الامام التمرتاشي رح **قوله** لا بد من شرط الخيار
في البيع بخلاف الاجارة يعني بها ان الفارق بين عقد الاجارة والبيع من حيث اشتراط شرط الخيار فانه اذا باع احد العبدين
لم يصح الا بشرط الخيار وعقد الاجارة في احد الشيئين من غير شرط الخيار جائز بناء على ان الاجر لا يجب بالعقد وانما
يجب بالعمل فاذا اخذ في احد العملين فقد صار معلوما كذا في الايضاح **قوله** وقالا الشرطان فاسدان بناء على انه
اجتمع في اليوم والغد تسميتان فيفسد العقد كما لو قال خطه اليوم بدرهم او بنصف درهم وهذا لانه اجتمع
فيهما عقدان اما في اليوم فلان المضاف الى الغد ثابت في اليوم لان الغد للترفيه لا للاضافة والتعليق ولهذا لو افرد
العقد في الغد بان قال خطه غدا بنصف درهم ثبت هذا العقد في اليوم حتى لو خاطه اليوم استحق نصف درهم واما

في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق الى الغد لان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت فيعقد به حتى لو خاطه في الغد
استحق الاجر فكذا هنا فصح ما قلنا انه اجتمع في اليوم والغد تسميتان ووجب بالخياطة احدهما درهم او نصف
لان الخياطة واحدة فيجب احدى التسميتين لا بعينها وهي مجهولة وهذه الجهالة توقعهما في المنازعة **قوله** ولهما اي
لابي يوسف ومحمد رح ان التسمية كل احد من اليومين تسمية واحدة فيجوز العقدان وهذا لان ذكر اليوم والغد
للتاقيت والاضافة حقيقة والترفيه والتعجيل مجاز والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه كيف وقد قام
الدليل على ان المجاز غير مراد لان العقد يفسد على تقدير التعجيل والترفيه لاجتماع العقدين حينئذ وعلى تقدير
التاقيت والاضافة لا يختلف حاله بالانفراد لانه لو حمل على التاقيت يفسد ومتى حمل على التعجيل والترفيه لا اقتصار الى
المجاز بدلالة حالهما ولابي حنيفة رح ان اليوم حقيقة للتاقيت والغد للاضافة والتعليق والكلام لحقيقته حتى يقوم
الدليل على مجازه والدليل قد قام على المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لانه زاد له في الاجر متى خاط في اليوم ونقص متى
اخره فالنقصان بتقدير التاخير والزيادة بتقدير التعجيل فبان ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت وفي الغد لم يقم الدليل
على ارادة المجاز اي الترفيه بل الدليل دال على ارادة الحقيقة وهي الاضافة والتعليق لانه ينقص عن الاجر متى خاطه
في الغد ولو كان ذكر الغد للترفيه لما نقص عن الاجر بسبب التاخير اليه لانه يزول معنى الترفيه بنقصان الاجر فصار
ذكر الغد للاضافة والتعليق به وذكر اليوم للتعجيل فاذا ثبت هذا يقول العقد المضاف الى الغد لم يثبت في اليوم
فلم يجتمع في اليوم تسميتان فلم يكن الاجر مجهولا في اليوم والمضاف الى اليوم يبقى الى الغد لانه لم ينقض بمضي اليوم لما
صار ذكر اليوم للتعجيل لا للترفيه فيجتمع في الغد تسميتان درهم ونصف درهم فيكون الاجر مجهولا وجهالته مانعة من
التسليم والتسلم وهي تمنع جواز العقد وفي المسئلة اشكال وهو انه على قول ابي حنيفة فانه جعل ذكر اليوم للتعجيل
هنا حتى اجاز العقد وفي مسئلة الحانوت جعل ذكر اليوم للتوقيت حتى جعل العقد منعقدا على تسليم النفس في المدة
والجواب ان ذكر اليوم حقيقة للتوقيت ويحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان
الاجر بسبب التاخير فعدل عن الحقيقة وصار الى المجاز لهذا الدليل ولم يوجد هذا الدليل ثمه فكان التاقيت مرادا
فيفسد العقد فان خاطه في الغد فله اجر المثل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم وهذا يدل على انه قد يزاد على
نصف درهم وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنهما انه لا يزاد على نصف درهم وينقص عن نصف درهم فيحصل
عن ابي حنيفة روايتان وجه هذه الرواية ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى في اليوم
الثاني نصف درهم واما الدرهم فهو المسمى في اليوم الاول لا يقال ان التسمية الاولى باقية في اليوم الثاني لان
اعتبار المصرح اولى من غيره والمصرح نصف درهم لا الدرهم وجه ظاهر الرواية انه اجتمع في الغد تسميتان فيعتبر
التسمية الاولى لمنع الزيادة عليها ويعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملا بالشبهتين وهذا اولى من
الترجيح بالمصرح ولو خاطه في اليوم الثالث فالصحيح انه لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح لانه اذا لم يرض
بتاخيره الى الغد باكثر من نصف درهم فالى ما بعد الغد اولى والصحيح عندهما انه ينقص من نصف درهم لا يزاد عليه

قوله ولهذا لا يجوز بناء على ان المعقود عليه وبه مجهول فيفسد الاجارة وهذا لان الاجر انما يجب بتسليم الدار والدابة من غير عمل ولا يدرى وقت التسليم انه يسكن فيه حدادا فيتحرج به منزلا او خياطا فيتحرج به فكان الاجر مجهولا وقت التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجر لا يجب هنا الا بالعمل والجهالة لا تبقى عند العمل فصار الاصل عندهما ان الاجر متى وجب بالتسليم من غير عمل لا يدرى وقت التسليم انما يجب يفسد العقد ولابي حنيفة رضي الله عنه ان هذا الحد بين عقدين مختلفين صحيحين فوجب القول بصحته كما في الفارسية والرومية وهذا لان السكنى وعمل الحدادين مختلفان وكل احدهما عند الانفراد صحيح فكذا عند الجمع والغالب في الاجارة الانتفاع لانها مشروعة للحاجة والظاهر انه لا يخلو عن الانتفاع فاذا جاء الانتفاع زالت الجهالة والتمكن من غير انتفاع ليس باصل بل هو من العوارض والاحتراز من العوارض غير واجب ولو تحقق ترك الانتفاع واحتيج الى ايجاب الاجرة بالتمكن يجب المتيقن وهو المقابل بادنى العملين اذ الفضل لا يجب بالشك وقيل يجب لا على نصف الفضل وقيل بنصف كل واحد منهما فلا يمكن الجهالة بكل حال فصار الاصل عنده ان العقد اذا اشتمل على شيء معلوم بدل معلوم وضم اليه زيادة بزيادة البدل كان العقد يقع على الاصل المعلوم والفضل معلق باختيار الفضل في المعقود عليه

باب اجارة العبد

لما فرغ عن بيان احكام يتعلق بالحر شرع في بيان احكام يتعلق بالعبد لان العبد منحط الدرجة عن الحر فاخر ذكره عن ذكر الحر لذلك قوله فلا بد من اشتراطه فان قلت المستاجر ملك منافعه بمنزلة المولى في منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبده فلما ذا لا يكون له ان يسافر به قلت انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبته قوله ومن استاجر عبدا محجورا الى اخره والجواب في الصبي المحجور كذلك فان الصبي المحجور اذا اجر نفسه وسلم من العمل كان له الاجر لانه غير محجور عما ينفعه ولهذا يملك قبول الهبة وجواز الاجارة بعد الفراغ محض منفعة ثم قيل الاجر الذي يجب في هاتين الصورتين اجر المثل فان اعتق العبد في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد فاجر ما مضى للمولى وما يستقبل للعبد والاجرة للمولى ثم اعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر ما مضى للمولى فان اجازها فاجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لانه هو العاقد ذكره قاضي خان قوله والقياس ان لا يجوز يعني لو سلم العبد عن العمل فرغ عنه لا يجب الاجر على المستاجر قياسا لان المستاجر صار غاصبا للعبد بالاستعمال والاجر لا يجب على الغاصب كما اذا هلك العبد يعني اذا هلك العبد وقت استعمال المستاجر اياه بغير اذن المولى يجب القيمة دون الاجر بالاتفاق قوله ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه قيد باجارة العبد نفسه لانه لو اجر الغاصب العبد كان الاجر له لا للمالك فلا ضمان عليه بالاتفاق قوله وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه فيكون ضامنا كالزيادة المتولدة من العين المغصوب اذا اتلفها الغاصب قوله على ما مر اشار الى قوله وجه الاستحسان ان التصرف نافع الى اخره قوله ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الضمان يجب باتلاف مال محرز بغير اذنه انه اتلف مالا غير

متقوم في حق المتلف فلا يضمن كنصاب السرقة بعد القطع وهذا لان التقوم انما يثبت بالاحراز والاحراز انما يثبت بيد حافظة كيد المالك او نائبه ويد المالك لم يثبت عليه ويد العبد ليست يد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا ما في يده ولان الاجر بدل منفعة العبد ولو اتلف منفعته بان استعمله في عمل من الاعمال لا يضمن فكذا اذا استهلك بدلها قوله وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع فانه لم يبق متقوما حتى لا يضمن بالاتلاف وبقي الملك قوله ويجوز قبض اجرة العبد ثم بناء على انه نافع محض قوله يحمل على الجواز وهذا لانه ان لم يصرف الشهر المذكور اولا الى ما يلي العقد لكان الداخل في العقد شهرا منكرا من شهور عمره وهذا فاسد فلا بد من صرفه الى ما يلي العقد تحريا للجواز قوله او نظرا الى تحري الحاجة بناء على ان الاقدام على الاجارة دليل تحري الى الحاجة الى منفعة العبد فوجب صرف الشهر المذكور اولا الى ما يليه قضاء للحاجة الحاضرة قوله فالقول قول المستاجر اي لا يجب الاجرة وان جاء به بالعبد وهو صحيح فالقول قول المؤجر اي يجب الاجرة لانهما اختلفا في امر محتمل فرجح بحكم الحال وهذا المعنى وهو ان الحال معلوم متفق عليه وعند الاشتباه يرد المختلف الى المتفق عليه فان قلت الحال يصلح للدفع لا للاستحقاق ثم لو جاء المستاجر بالعبد وهو صحيح فالقول قول المؤجر حتى يستحق المؤجر مطالبة المستاجر بالاجرة فان الحال غير موجب لان المدة ما بقيت حتى كانت موجبة للاستحقاق فما وجهه قلت لم يثبت للمؤجر استحقاق الاجرة بمجرد الحال ههنا بل يثبت وجوب استحقاق الاجر ههنا العقد وتسليم العبد الذي في المدة ولكن المستاجر يدعي ما ينافي الوجوب معترضا بعد ظهور السبب الموجب للاستحقاق والظاهر شاهد للمؤجر في انكاره قوله اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه فان مستاجر الرحى اذا اختلف مع صاحب الرحى في جريان الماء في المدة فان القول قول من يشهد له الحال فكذا لو اعتق جاريته ولها ولد فقال المولى اعتقتك بعد ما ولدت الولد في ملكي وقالت الجارية لا بل قد اعتقني قبل الولادة وقد اعتق ولدي باعتاقي فالقول قول من كان الولد في يده واعتبار اليد ليس الا تحكيم الحال وكذا لو باع شجرا فيه ثمار ثم قال البائع بعت الاشجار دون الثمار والمشتري يقول اشتريت الاشجار مع الثمار فالواسطة ان كانت الثمار في يد البائع فالقول قوله وان كانت في يد المشتري فالقول للمشتري اعلم ان الحال لم يصلح حجة عندنا بل يصلح مرجحا اذ الترجيح ابدا انما يقع بما لا يصلح حجة لما عرف في الاصول

باب الاختلاف

لما ذكر احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل في هذا الباب احكام اختلافهما وهو الفرع لان ثبوت الاختلاف انما يكون بامر عارض قوله فالقول لصاحب الثوب اي مع يمينه وقال ابن ابي ليلى رح القول للصانع لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعي عليه خلافا في المضمون او ليثبت الخيار لنفسه وهو منكر لذلك فالقول قول المنكر ولكنا نقول الاذن يستفاد من جهته كما في اصل المتن قوله معناه ما امر من قبل اي قبيل باب الاجارة الفاسدة في مسئلة من دفع الى الخياط ثوبا ليخيطه قميصا قوله وفي بعض النسخ اي نسخ القدوري قوله ان كان الرجل حريفا له حريف الرجل معامله

وقيل حريف الرجل من بينه وبينه معاملة اخذ واعطاء كالحناط يحط لك ليوم باجرة فيفعل ذلك مرارا وتفسير المسئلة على قول ابي يوسف اذا كان الرجل يعامل قصارا اكان يدفع اليه الثوب باجرة ويعاطيه يدفع اليه ثوبا في هذه النوبة ولم يعاطه فقصره فله اجر مثل عمله وجعل الدفع المطلق بناء على المعاملة السابقة ما لم يثبت الرجوع عنها وعلى قول محمد ان احدهما كان انتصب لعمل القصارة بالاجر يجب الاجر والا فلا قال شيخ الاسلام وعليه الفتوى في الكافي القول للمنكر بالاجارة لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد بخلاف ما لو دفع الى اخر عينا ثم اختلفا فقال الدافع قرض وقال الآخر هبة فالقول قول من يدعي القرض لان العين متقوم بنفسه فلا احد يدعي الابراء في قيمته قوله والجواب عن استحسانهما وهو ما قال ابو يوسف رحمه الله لان سبق ما بينهما الى اخره وما قال محمد رح لانه لما فتح الحانوت لاجله الى اخره وجواب ابي حنيفة رضي الله عنه ان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق والحاجة هنا الى استحقاق الاجر

باب فسخ الاجارة

فاخر هذا الباب ظاهر المناسبة لان الفسخ بعد العقد لا محالة قوله مضرة بالسكنى انما قيد بالاضرار لانه اذا كان لا يضر بالسكنى نحو ما اذا كان في الدار حائط لجمال لكن لا ينتفع به في سكناها وسقط ذلك الحائط ليس له ولاية الفسخ لان المعقود عليه المنفعة فاذا لم يتمكن الخلل فيها لم يثبت الخيار قوله وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع فيه اشارة الى دفع شبهة ترد على الاجارة من جانب البيع وهي ان عقد الاجارة عقد لازم ثم ان العيب اذا احدث في المبيع بعد ما قبضه المشتري ليس له رده فكان ينبغي ان لا يرده بسبب العيب الحادث بعد القبض في الاجارة ايضا والحكم للمستاجر ان يفسخ الاجارة بسبب العيب الحادث فاجاب عنه بهذا وتفسير الجواب هو انهما يختلفان صورة ولكن يتفقان معنى وهو ان العيب الحادث في الاجارة وان كان بعد القبض صورة وهو قبل القبض معنى لما ان المنافع هي المعقود عليها توجد شيئا فشيئا فكان العيب الحادث فيها وان كان بعد قبض الدار فهو قبل قبض المعقود عليه الذي لم يوجد بعد فكان هذا عيبا حادثا بعد العقد قبل القبض وانه يوجب الخيار في البيع فكذا في الاجارة قوله واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت وقال الشافعي لا تنفسخ بموتهما ولا بموت احدهما بناء على ان المنافع كالاعيان القائمة ثم العقد على العين لا يبطل بموت احد العاقدين فكذا العقد على المنفعة ولنا ان العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب ما يحدث من المنفعة فاذا مات الموجر فالمستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملكه وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوت المعقود عليه لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة واذا مات المستاجر فلو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث اذ الوراثة خلافة فلا يتصور الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستاجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فان الملك لا يسبق الوجود واذا انعدم بقاء الارث تعين بطلان العقد فيه

كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه قوله وان عقدها لغيره لا تنفسخ بموته كالوكيل والولي والاب والوصي والمتولي في الوقف لبقاء المستحق عليه والمستحق قوله ويصح شرط الخيار في الاجارة ويعتبر اول المدة من وقت سقوط الخيار وعند الشافعي لا يصح لان شرط الخيار للفسخ ولا بد ان يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذا مانع من الفسخ اذ رد كل المعقود عليه بالفسخ يستحق بالخيار ولا يقدر المستاجر على رد المعقود عليه على الكمال لو كان الخيار له ولا يقدر الموجر على التسليم على الكمال ايضا لو كان الخيار له بخلاف البيع تقريره ما قال اصحابنا انها عقد معاوضة لا يستحق القبض فيه في المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وهذا لان شرط الخيار انما ثبت في البيع لدفع الغبن بالتروي فيه اذ البيع يقع بغتة فالشرع اثبت الخيار فيه دفعا لهذه الحاجة والاجارة في هذا كالبيع لانها تقع بغتة ويتحقق الغبن فيها فيشرع الخيار فيها دفعا للضرر ومنعا للزوم بخلاف الصرف والسلم لان شرط الخيار ثمه يمنع تمام القبض المستحق بالعقد اذ القبض انما يتم اذا كان بناء على الملك والخيار يمنع الملك وفوات المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا لا يمنع الرد بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان تسليم الكل ممكن ثمه فشرط وههنا غير ممكن فلا يشترط للضرورة ولهذا اجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة لان الخيار ليس انما يثبت لتفرق الصفقة في المعقود عليه والعقد ههنا لو وقع وقع متفرقا فانه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا فصار الجزء الثاني من المنفعة مستحقا بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في احد العقدين لا يؤثر في الآخر وعند الشافعي رح للمستاجر حق الفسخ فيما بقي لان المنافع عنده كالاعيان فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يتخير فيما بقي لاتحاد الصفقة كما لو اشترى شيئين فهلك احدهما قبل القبض واما الفسخ بالعيب فبالاجماع حتى لو استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله ولاية الفسخ لان المعقود عليه في هذا الباب المنافع وهي توجد شيئا فشيئا فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما اذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لان العيب قد زال قبل فسخ العقد والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يجب في العقد الذي يسقط الخيار قوله وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وعند الشافعي لا تفسخ بالاعذار وانما تفسخ بالعيب لان المنافع كالاعيان الموجودة عنده فكان العقد عليها كالعقد على العين فكما لا يفسخ البيع الا بعيب فكذا الاجارة ولنا ان العذر في الاجارة كالعيب الحاصل قبل القبض في البيع وهذا لان المعقود عليه وهو المنافع لا تصير مقبوضة الا بالاستيفاء والاجارة تفسخ بالعيب الحاصل قبل القبض فتفسخ بالعذر الحاصل قبل القبض والجامع بينهما عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بضرر زائد لم يستحق به فيثبت حق الفسخ دفعا لذلك الضرر وهذا تفسير العذر عندنا الا ترى لو ان استاجر انسانا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر ليطبخ له وليمة فاختلعت منه او ماتت فلو لم يكن ذلك عذرا وبقينا العقد لكان ضررا بينا

بعض صح

قوله فان الاجارة تنقض لفوات المعقود عليه وهي منفعة السكنى ونحوه قبل القبض فصار كهلاك العبد
المستاجر وقيل لا ينفسخ العقد وهو الاصح لان المنفعة قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق العبد
المستاجر وذا لا يوجب انفساخ العقد ونص في الاصل ان الاجارة في الرحى لا تنفسخ بانقطاع الماء وروى هشام
عن محمد رحمهما الله انه لو استاجر بيتا فانهدم فبناه الموجر واراد المستاجر ان يسكنه في بقية المدة فليس للموجر
منعه من التسليم وكذلك ليس للمستاجر ان يمتنع عن القبض فهذا دليل على ان العقد لم ينفسخ ولكنه يفسخ ولانه اصل
الموضع مسكن بعد انهدام البناء يتاتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقي العقد ولكن لا اجر على المستاجر لعدم تمكنه
من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستيجار ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته
لانه بقي شيء من المعقود عليه فاذا استوفى لزمه حصته ومن استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فافلس فهذا عذر
ولهذا تنقض الاجارة لانه استاجره للانتفاع به وهو يتضرر بابقاء العقد بعدما افلس ضررا لم يلتزمه بنفس العقد
وكذا الواجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لعيان او بيان او اقرار ولا مال له سواه ولا يقدر على قضائه الا بثمن ما اجر
فهذا عذر يفسخ به الاجارة لان في ابقاء العقد ضررا لم يلتزمه بالعقد وهو الحبس الى سقوط حق المستاجر عن
العين فان قلت ينبغي ان لا يحبسه القاضي اذا تعلق بها حق المستاجر بل يؤخر الحبس الى ان ينقضي الاجارة قلنا القاضي
لا يصدقه في انه لا وفاء له الا من ثمن المستاجر فيحبسه لهذا ثم العذر اذا تحقق تنفسخ الاجارة بنفس العذر او يحتاج
فيه الى الفسخ لم يذكر محمد رح هذا نصا في شيء من الكتب واشارات الكتب متعارضة في بعضها يشير الى انه ينفسخ
بنفس العذر وبه اخذ بعض المشايخ وهو الصحيح ثم اذا احتيج الى الفسخ على ما عليه اشارات عامة الكتب هل
ينفرد صاحب العذر بالفسخ او يحتاج فيه الى قضاء القاضي او رضا العاقد الاخر ذكر في الزيادات انه
يشترط القضا او الرضا واشار في الجامع الصغير وفي الاصل الى انه لا يشترط القضاء ولا الرضا ثم عامة
المشايخ الذين شرطوا القضا اختلفوا في ذلك فقال بعضهم ما ذكر في الزيادات محمول على عذر يحتمل الاشتباه كما اذا
لحق الموجر دين وهو يدعي انه لا وفاء له الا من ثمن ما اجر لانه يحتمل ان يكون له وفاء من غير المستاجر فيحتاج فيه الى
القضا ليزول الاشتباه بالقضاء ويظهر العذر وما ذكر في الاصل والجامع الصغير محمول على ما اذا كان العذر
واضحا لا اشتباه فيه فلا يحتاج الى القضاء ومنهم من فرق في المسئلة روايتين وجه رواية الجامع الصغير والاصل
ان العذر بمنزلة العيب الحاصل قبل القبض من الوجه الذي نسوق تقريره وفي العيب قبل القبض لا يحتاج في الفسخ الى
القضا والرضا كما في بيع العين وجه ما ذكر في الزيادات وهو الاصح ان هذا فصل مجتهد فيه فيتوقف على القضا او الرضا
كالرجوع في الهبة وطريق القضا ان يبيع الموجر الدار اولا فاذا باع وهو لا يقدر على التسليم لتعلق حق المستاجر
فالمشتري يرفع الامر الى القاضي ويطلب منه فسخا او تسليم الدار اليه فالقاضي يمضي البيع فينفذ البيع وينقض
الاجارة وانما ينقض القاضي الاجارة قصدا لانه لو نقضها قصدا ثم لا ينفذ البيع فيكون النقض ابطالا لحق
المستاجر قصدا وانه لا يجوز وقيل يفسخها ثم يبيعها قوله ومن استاجر دابة ليطلبها فرعليها ثم اراد ان يقعد
فهذا

فهذا عذر لانه لا يمكنه استيفاء المعقود عليه الا بالتزام ضرر وهو تعب السفر فيثبت له حق الفسخ دفعا لهذا
الضرر عن نفسه ولانه عسى لا يتحرر عليه السفر بهلاك اسبابه او لفوات مقصوده فربما يكون مقصوده الحج
او طلب الغريم او التجارة فذهب وقته او حضر غريمه او حصل ملك التجارة هنا ولو اراد المكاري ان يقعد فليس
بعذر لانه يمكنه ايفاء المعقود عليه من غير التزام ضرر بان يقيم غيره مقام نفسه في الخروج مع دابته يبعث
غلامه او تلميذه مع دابته وان مرض الموجر فقعد فليس بعذر على رواية الاصل لانه يمكنه ان يرسل رسولا
مع الدابة وروى الكرخي رح انه عذر لانه اذا مرض يتعذر خروجه بالضمان وغيره لا يقوم مقامه الا
بضرر فيدفع عنه عند الضرورة بخلاف ما اذا اراد ان يقعد لانه امكنه الخروج فاذا ترك باختياره فعليه ان يقيم
غيره مقامه ومن اجر عبدا ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يقوم به الاسترباح
وهو امر زائد ولو نقض الاجارة به لما سلمت الاجارة ابدا او بطلت حوائج الناس قوله فراس ماله الخيط
والمخيط الى اخره فان قلت الخياط يتوصل الى الخياطة بالمخيط والمقراض ولا يعجز عن اكتسابهما فكيف يتحقق
افلاسه قلت تاويل المسئلة في الخياط يعمل بنفسه في بيت نفسه ثم يلتمس السابق كما هو عرف اهل الكوفة الخياط
الذي يعمل للناس قد يعجز عن ذلك بان يظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن معاملته وتسليم العمل اليه قوله
لان الواحد لا يمكنه الجمع الى اخره بخلاف ما لو استاجر دكانا للبيع فيه الطعام فبدا له ان يقعد في سوق الصيارفة
فهذا عذر لان التجارة الاولى بما لحقه فيها خسران والعمل للامرين بنفسه متعذر فجعل عذرا والله اعلم

مسائل منثورة حصد الزرع جزه وحصائد الزرع جمع حصيده وهما الزرع المحصود والمراد ههنا
ما يبقى في الارض من اصول القصب المحصود كذا في المغرب قوله فلا ضمان عليه بناء على ان هذا تسبيب وليس بمباشرة
وضمان طريق التسبيب يعتمد التعدي في التسبيب الا ترى ان من حفر بئرا في داره فوقع فيها انسان فهلك
لا يضمن الحافر لانه غير متعد ولو رمى سهما في ملكه فاصاب نفسا او مالا فهلك يضمن لانه مباشر فلم يتوقف على
التعدي وهذا لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر واما التسبيب فليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليلحق
بالعلة واحراق الحصائد ههنا مباح وليس بتعدي فلا يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسي رح هذا اذا كانت
الرياح هادئة بالنهار هذا اي سكن وفي نسخة هادئة من هداء بالهمزة اي سكن حين اوقد النار ثم تغيرت
لانه لا صنع له في تغير الرياح فاما اذا كانت الرياح مضطربة ينبغي ان يضمن لانه موقد النار في يوم الريح يعلم
ان النار لا تستقر في ارضه ولكن الريح تذهب بها الى ارض الجيران فصار كانه القاها في ارضهم قوله من يطرح
عليه العمل بالنصف صورة المسئلة اذا كان للقصار او للصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله
وجاهة ولكنه غير حاذق في العمل فيجيء رجل حاذق فيتقبل القصار العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان
ما اصابا من شيء فهو بينهما نصفان في القياس انه فاسد لان راس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح راس
مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت

مصنف لم يخرج من عمله كان مجهولا لا محالة وان كان المستعمل هو العامل فهو مستاجر بموضع حلو سد منح كانه
يصنف ما يعمل وجد لك مجهول ايضا والظاهر انه يأخذ القياس في هذه المسئلة وفي الاستحسان يجوز بناء على
ان هذا شركة يتقبل فيها بشرط ان يكون الخارج من عمل المعلمين بينهما على الشركة والصحة لذلك الا ما بيان الشركة
في العمل يثبت الشركة في البدل ايضا قوله وكذا اي يجوز اذا لم يرا لغطا اي المهاد وهو الفراش والدثار وخلاف
الشعار وهو كل ما القيته عليك من كساء او غيره والجمع دثر قوله كرد الماء اي كرد مثل ما يشرب من الراوية
الى الراوية فانه جائز بالاتفاق لتعامل الناس فان قلت مطلق العقد ينصرف الى المتعارف والمعتاد انهم يأكلون
ولا يردون بدله ويشربون الماء ويردون بدله قلت العرف مشترك فرد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا
يترك العمل بالاطلاق عند تردد **كتاب المكاتب** اورد عقد الكتابة
بعد عقد الاجارة المناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى
ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وقدم عقد الاجارة لانه اشبه بعقد البيع من حيث التمليك والشرائط
وجريانه في غير المولى وعبده والمكاتب يحرر يدا في الحال رقبة عند اداء المال ومدار التركيب على الجمع ومنه الكتاب
لانه جمع الحروف وضم بعضها الى بعض والكتيبة الطائفة من الجيش سمي هذا العقد الذي جرى بين المولى وعبده كتابة
لانه لا يخلو عن كتبة الوثيقة عادة وركنها الايجاب والقبول وحكمها صيرورة العبد احق بنفسه ومنافع نفسه
من سيده حتى لا يستحق عليه وعلى اكسابه سبيل وشرط جوازها قيام الرق في المحل فلو كانت مملوكه ولو صغيرا يحتمل
عمال حال او موجل او منجم وقبل العبد او قال جعلت عليك كذا تؤديه نجوما اول النجم كذا واخره كذا اذا اديته فانت حر
والا فعبد صح ولا يحتاج شيء اعلم ان الكتابة جائزة لقوله تعالى وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ
إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وهذا ليس امر ايجاب باتفاق الفقهاء وقال داود ومن تابعه اذا طلب العبد من مولاه ان يكاتبه
وقد علم المولى فيه خيرا اجبر عليه ان يكاتبه لان الامر يفيد الوجوب ولنا ان هذا امر بدوني الندبية متعلقة بهذا الشرط
وقال بعض مشايخنا الامر قد يكون للاباحة والجواز كقوله تعالى وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا قوله ان علمتم فيهم خيرا
مذكور على وفاق العادة لان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا ولكن هذا ضعيف لان فيه الغاء الشرط اذ الاباحة
ثابتة بدون هذا الشرط والمراد بالخير ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه ولو فعله صح
وقيل خيرا اي وفاء وامانة وصلاحا ولا فرق بين العبد والامة والكبير والصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لان
قوله مما ملكت ايمانهم ينتظم الكل قوله وفيه اختلاف الصحابة اي في وقت عتق العبد فقال زيد بن ثابت رضي الله عنه
مثل قولنا وقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى وقال ابن مسعود رضي الله عنه اذا ادى قدر قيمته يعتق وفيما
زاد عليه لكن يكون المولى غريما من غرمائه وقال ابن عباس رضي الله عنه يعتق بنفس العقد ويكون المولى غريما من غرمائه
واما احمد فاخذ بقول زيد بن ثابت رضي الله عنه بما روينا وبقوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة
دنانير فهو عبد ويعتق المكاتب باداء المال قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمين بناء على انه عقد بدل الابتدا

على ادائه لانه كان حالا لو كان لا يقدر على شيء وفي زمان اليسر لا يثبت القدرة على الكسب على ما لا يكثر والعجز الطاري يبطل
الكتابة فلان يمنع انعقادها اولى بخلاف السلم الحال لان استحقاق عندي لانه عقد جرى بين الحرين والظاهر هو
القدرة على ما التزم لكونه اهلا للملك قبل العقد وقد قام دليل القدرة وهو الاقدام على العقد ولنا ظاهر ما تلونا
من غير قيد التاجيل والتنجيم فلا يزاد على النص بالراي ولان البدل في الكتابة معقود به كالثمن في البيع حتى صح
الاستبدال به قبل القبض والقدرة على تسليم الثمن ليست شرط الصحة البيع فان من اشترى شيئا بعدل الثمن عنده
يجوز فكذا القدرة على تسليم بدل الكتابة لا تشترط بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه والقدرة على
تسليم المعقود عليه شرط فان من باع شيئا ليس عنده لا يجوز فشرطنا الاجل في السلم ليثبت القدرة على التسليم
بالتحصيل في المدة ولان الكتابة عقد ارفاق ومسامحة فالظاهر انه لا يضيق عليه ولا يطالبه ما لم يحل قدر رزقه عليه
الا انه لا بد من ذكر الاجل ليكون معضلا في تاخير المطالبة كما كان في اصل العقد بخلاف السلم لانه مبني على المضايقة والمماكسة
فالظاهر انه لا يوجد عند توجه المطالبة نحوه قوله وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق للعجز عن اداء البدل
في زمان الوجوب قوله ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لان قوله مما ملكت ايمانهم
ينتظم الكل وقال الشافعي لا يصح كتابة العبد الصغير لانه ليس باهل له ولنا انه اذا كان عاقلا كان من اهل القبول
واذا وجد الايجاب والقبول صار هو كالكبير ولان التصرف نافع محض في حقه فصار كقبول الهبة فان كان صغيرا لا يحتمل
لم يجز لان الكتابة لا تنعقد الا بايجاب وقبول لانها عقد معاوضة والذي لا يعقل ليس من اهل القبول فان كان لا يحتمل
وكاتبه ثم اداها عنه رجل فقبلها المولى لم يعتق لان اداء البدل انما يتصور في عقد منعقد لا في عقد باطل ويرد
المال على صاحبه لانه اداه باعتبار سبب باطل ولو قال المولى ان اديت الي الفا فانت حر ولم يقله واقتصر على قوله
كاتبتك وادى الالف عتق لان العتق عند الاداء حكم العقد وحكم العقد يثبت بدون التصريح به كما في البيع ولو قال
لعبده جعلت عليك الفا تؤديه الي نجوما اول النجم كذا واخر النجم كذا فاذا اديته فانت حر وان عجزت فانت رقيق
صح استحسانا والقياس ان لا يصح لان ذكر النجوم فصل في الكتابة فعند ما يجعل وجود ذكرها كعدمها فيبقى قوله
جعلت عليك الف درهم وهو بظاهره صحيح وقوله ان اديته فانت حر وهو تعليق وجه الاستحسان ان العبرة
في العقود للمعاني الا ترى ان المضاربة بشرط كله لرب المال بضاعة وبشرطه للمضارب اقراض وقد وجد معنى
الكتابة هنا لان معنى الكتابة ثبته وهادة هنا وعند الاطلاق يصح فعند التفسير اولى قوله فاذا اديت
الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان رحمه الله بناء على ان التنجيم يدل على الوجوب وذا
بالكتابة وهذا لانه للتخفيف وذا انما يكون عند الوجوب وفي رواية ابي حفص رحمه الله لا يكون مكاتبة بل يكون اذنا
كما لو علق بالاداء من غير ان قال ان اديت الي الفا فانت حر قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى الى
اخره لان موجب الكتابة مالكية اليد في حق المكاتب لهذا لا يمنعه المولى من الخروج للسفر ولو شرط عليه ان لا يخرج
كان الشرط باطلا لان ذلك يعد له تصرف هذه المالكية ومقصود المولى من اثبات هذه المالكية ان يمكن من اداء البدل

بالتكسب وربما لا يمكن من الاداء الا بالخروج من بلده الى بلد **قوله** ولانه عقد معاوضة فيقتضي المساواة بين العاقدين في اصل البدل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد ولكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لانه ثبت له في ذمته مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح الكفالة به فيثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة ايضا فاذا تم الملك للمولى بالقبض يتم المالكية للعبد ايضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيتحقق لضرورة اتمام المالكية **قوله** لزمه العقر لانه لا يمكن ايجاب الحد لبقاء الملك في رقبة فيجب العقر ويكون العقر لها لانها صارت اخص بكسبها واجزائها للتوسل الى المقصود بالعقد وهو الحرية باداء البدل ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان ولهذا لو استحقت لا يرجع المشتري بالعقر وقيمة الولد ولو كان في حكم المنفعة لما غرم **قوله** وان جنى المولى عليها لزمته الجناية وان اتلف مالا لها غرم لانها لما صارت اخص بنفسها واجزائها واكسابها صار المولى كالاجنبي في حقها فيغرم كالاجنبي

فصل في المكاتبة الفاسدة

اخر الفاسدة عن الصحيحة لان الفاسدة ناقصة عن الصحيحة وصفا فكانت منحطة عن رتبة الصحيحة الاصل ان ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الكتابة لانها مبادلة مال بما ليس بمال في الحال بمقابلة فك الحجر وهو ليس بمال فصارت كالنكاح **قوله** واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة لانه ليس بمال في حقنا فلا يصلحان بدلا كما لا يصلحان مهرا فيفسد العقد لان تسميته ما ليس بمتقوم في عقد يحتاج الى تسمية البدل كالبيع وانما لا يفسد النكاح لان تسمية ما لا يصلح مهرا جعل كعدمه وعدم التسمية لا يفسد النكاح واما القيمة فلانها مجهولة جنسا لانها تارة تكون من الدراهم وطورا تكون من الدنانير وقدرا لانه يختلف مقدارها باختلاف المقومين ووصفا فصارت الجهالة فاحشة وصارت كما لو كاتبه على ثوب او دابة وانما لا يجوز لان الثوب والدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دينا في الذمة كما في النكاح ولان موجب الكتابة الفاسدة القيمة فيكون ذكرها تنصيصا على موجب العقد الفاسد فكان تنصيصا على الفساد فان قيل لو كاتبه على عبد وسط او عبد مطلق يجوز وان كانت القيمة تجب بهذه التسمية حتى لو اتى بقيمة عبد وسط يجبر على القبول قلت القيمة فيما نحن بصدده تجب قصدا لا حكما لمكان التصريح بالقيمة وتجب ثمه حكما لا قصدا لانه صرح بالعبد وقد يثبت الشيء حكما وضمنا لغيره وان كان لا يثبت قصدا كبيع الاجنة **قوله** وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة فانما يعتق المكاتب باداء البدل لا باداء غير البدل كذا في المبسوط **قوله** لا ينقص من المسمى ويزاد عليه لا يتصور في الكتابة بالقيمة وكذا بالخمر والخنزير لانه لا يجب المسمى لا يتصور النقصان والزيادة قال بعض المشايخ هذه المسئلة مستانفة غير متصلة بالاول وهذا كمن كاتب عبده على الف درهم ورطل من خمر فاذا ادى ذلك عتق سواء قال اذا اديت الي فانت حر او لم يقل ويجب عليه الزيادة ان كانت القيمة اكثر وان كانت قيمته اقل من الالف لا يسترد الفضل وقال عامتهم مثل ما مر في المتن اعلم قيمة العبد انما تعرف باحد الامرين اما ان يتصادقا على ان ما ادى قيمة العبد او بتقويم المقومين

وان اختلف المقومون في ذلك فلا يعتق ما لم يؤد اقصى القيمتين لانها المتيقن وفيما دونه شك وهذا بخلاف ما لو كاتبه على ثوب فانه لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف على اداء المشروط حقيقة فاسم الثوب كما يتناول ما ادى يتناول غيره فان قلت المسمى ثوب وهذا الذي ادى ثوب حقيقة فينبغي ان يعتق كما لو كاتبه على خمر فادى قلت نعم المسمى ثوب ولكن الثياب متفاوتة تفاوتا فاحشا فلا وجه لتعيين هذا الثوب مسمى ولانه انما يعتق بتسليم ما يصلح بدلا او القيمة تصلح بدلا ولهذا كان بدلا في العقد الفاسد اما الثوب فلا يصلح بدلا بحال **قوله** وكذلك لو كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه والمراد به شيء يتعين بالتعيين كالثوب والعبد والمكيل والموزون حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدرهم وهي لغيره جازت الكتابة لان النقود لا تتعين في عقود المعاوضات فانما ينعقد العقد بالف هو دين في ذمته فيجوز وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنهما انه يجوز حتى لو ملك هذا العين واداه الى المولى عتق وان عجز عن ادائه رده المولى في الرق لان المسمى مال متقوم وقدرته على التسليم بما يحدث له من الملك فيه موهومة فيصح التسمية كما في الصداق فانه اذا سمى عبد غيره يصح التسمية وجه ظاهر الرواية ان العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط صحة العقد في العقود التي تحتمل الفسخ وملك العين ليس بمقدور للعبد فلا تصح تسميته بخلاف ما اذا كان البدل غير عين لانه معقود به فلا يشترط القدرة عليه ولهذا جوزنا الكتابة الحالة وبخلاف النكاح فشرط صحة التسمية ثمه ان يكون المسمى مالا متقوما الا ان يكون مقدور التسليم اذ القدرة على تسليم ما هو المقصود بالنكاح وهو البضع ليست بشرط لصحة العقد حتى لو تزوج آبقة يجوز وان كانت القدرة معدومة ففيما ليس بمقصود اولى **قوله** ولو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز لانه لو اشترى شيئا بمال غيره واجازه الغير مع انه مبني على المضايقة فالكتابة وهي مبنية على المسامحة اولى **قوله** وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز وان اجاز لانه لا يفيد ملك المكاتب وهو المقصود بالعقد لانه يثبت ضرورة حاجته الى اداء البدل منها واذا كان البدل عينا مقصودا **قوله** ولو ملك المكاتب تلك العين روى ابو يوسف عن ابي حنيفة فادى لم يعتق الا ان يكون المولى قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم التعليق وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه يعتق بالاداء قال له المولى ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الاداء فيعتق كما لو كاتبه على خمر فادى فانه يعتق وجه قول ابي حنيفة انه ملك التصرف بصريحا في هذا العقد تسمية لانه غير مقدور التسليم لم ينعقد العقد اصلا فانما يكون العتق باعتبار التعليق بالشرط واذا لم يصرح بالتعليق لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب وميتة **قوله** وان كاتبه على عين بيد المكاتب وهو من كسبه بان كان ماذونا في التجارة ففيه روايتان في رواية يجوز لانه كاتبه على بدل معلوم مقدور التسليم وفي رواية لا يجوز لانه كاتبه على ماله فيفسد الكلام في عين الكسب من قبل ولو كاتبه على دراهم في يد العبد من كسبه يجوز باتفاق الروايات **قوله** وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف جائزة ويقسم المائة على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط

لقيام البدل في العقد

فيبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح ان يكون بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح
ان يكون مستثنى من بدل الكتابة وهكذا في بدل كل عقد وهذا لان المستثنى منه انما يصح مجهولا لقدر جهالة المستثنى
وهنا جهالة المستثنى جهالة وصف فكذا جهالة المستثنى منه وهذه الجهالة لا تمنع صحة الكتابة كما لو كاتبه على
وصف ولانه جنس ومجهول ان بدل الكتابة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان
العبد لا يمكن استيفاؤه من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح ان يكون بدل الكتابة لجهالتها قدرا فكذا
لا يصلح ان يكون مستثنى من بدل الكتابة فالحاصل ان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من الدنانير بازاء
العبد الذي يرد المولى فهو بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب فهو مكاتبة والبيع قد بطل لجهالة الثمن المعقود
عليه فلو جازت الكتابة يجاز بما يخص الرقبة من المائة والكتابة بالحصة كتابة بالقيمة فيكون فاسدة **قوله** وان كاتبه
على حيوان غير موصوف اي بين جنسه لا نوعه وصفته كالعبد والوصيف فالكتابة جائزة وينصرف الى الوسط ويجبر
على قبول القيمة كما في النكاح وقال الشافعي رح لا يجوز لانه مجهول فصار كما لو لم يسم جنسه بان كاتبه على دابة او دار او ثوب
وصار كالبيع وفي الجامع انها لا تصح الا بتسمية البدل فكتابة معاوضة كالبيع ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
انه اجاز الكتابة على الوصفاء ولانه مبني على المسامحة والمساهلة فلا يفسد بالجهالة اليسيرة في البدل كالجهالة
في الاجل فانه لو كاتبه على الف درهم الى العطاء والى الحصاد والى الدياس يجوز ذلك يجوز استحسانا بخلاف البيع لانه
مبني على المضايقة والمماكسة وهو معاوضة مال بمال من كل وجه وهذه في الابتداء معاوضة مال بغير مال لان البدل
في الابتداء مقابل بفك الحجر منه وهو ليس بمال في الانتهاء وان كانت معاوضة مال بمال الا انه في الانتهاء يقابل الرقبة
ولكن على وجه يسقط الملك فيه اذ العبد لا يملك ماليته بنفسه فشابه النكاح ومر في النكاح بخلاف ما لو كاتبه على دابة
ونحوها لان الجهالة متفاحشة والحاصل ان جهالة البدل اذا كانت جهالة جنس منعت صحة التسمية في العقود
كلها سواء كان معاوضة مال بمال كالبيع والاجارة وامثالهما او معاوضة مال بما ليس بمال كالخلع والكتابة وامثالهما
وجهالة البدل ان كانت جهالة وصف منعت صحة التسمية في معاوضة مال بمال لا في معاوضة مال بما ليس بمال **قوله**
واذا كاتب النصراني الى اخره اعلم انه اذا كاتب عبدا له مسلما على قدر معلوم من الخمر فهي جائزة لان الخمر مال متقوم في حقهم
كالعصير والخل في حقنا وانما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي تسليم عين الخمر تمليكها
او تملكها من المسلم لان العقد ورد على غير المعين والمعين غيره فيكون بمنزلة ابتداء التمليك والتملك التجربي ووقع
عن تسليم بدل الكتابة يجب تسليم قيمته ليقوم القيمة مقامه وهذا بخلاف ما لو اشترى الذمي من الذمي عبدا بخمر
ثم اسلم احدهما قبل القبض يفسد البيع عند البعض والفرق ان العقد انما يبقى على ما يصلح بدلا في الجملة والقيمة تصلح
بدلا في الكتابة في الجملة فانه اذا كاتبه على وصيف كان له ان يأتي به على قيمة الوصيف في الحقيقة حتى اذا جاء بقيمته يجبر
على القبول فمتى جاز ان يعقد الكتابة على قيمة الشيء ابتداء جاز ان يبقى على القيمة اما البيع فلا ينعقد صحيحا على
القيمة اصلا فلا يمكن ابقاؤه عليها **قوله** واذا قبضها اي قيمة الخمر عتق لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة

احد العوضين لاحدهما يوجب سلامة العوض الآخر للآخر وذا بالعتق واذا ادى الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة
تعليق العتق باداء البدل المذكور وصار كما لو كاتب المسلم عبده على خمر فادى المكاتب الخمر فانه يعتق كذا ذكره بعض
المشايخ في شرح الجامع وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة
انقلبت الى القيمة ولم يبق الخمر بدلا بهذا العقد اذ العقد انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا
بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه بقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق باداء عينه
العقد وقع فاسدا بسبب الخمر وبقي فاسدا كذلك فبقي الخمر بدلا وبعتق بدلا يعتق باداء عينها

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكر احكام
الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله او لا يفعله **قوله** فلم ان يخرج فان قلت
لا ملائمة بين المعلل وعلته لان هذه العلة تقتضي ان يفسد العقد كما اذا شرط في البيع ما يخالف مقتضى العقد
على ما عرف فكان الاستدلال بها على ما ادعاه من الحكم عكس ما يقتضيه علته قلت هذا التعليل لبيان ان هذا
الشرط باطل في نفسه وليس بصحيح ثم الشرط الباطل في عقد الكتابة على نوعين احدهما ما هو المتمكن في صلب العقد
فهو مفسد لعقد الكتابة والثاني ما هو غير متمكن في صلبه فهو ليس بمفسد وهذا الشرط الذي ذكره وهو ان لا
يخرج من الكوفة ليس بمتمكن في صلب العقد فلا يفسده ولما لم يفسده كان على المكاتب ان يمضي على موجب كتابته وهو جواز
السفر له **قوله** لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها تحتمل الفسخ في الابتداء وتشبه النكاح من حيث انها
لا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالاداء فوفرنا عليهما حظهما فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن
في صلبها كما لو شرط خدمة مجهولة بان قال كاتبتك على ان تخدمني لانه في البدل ولشبهها بالنكاح فلا تبطل بالشرط
الفاسد اذا لم يتمكن في صلبها ولان الكتابة في جانب العبد تشبه الاعتاق لانها اسقاط الملك وفك الحجر واطلاق
اليد بمنزلة الاعتاق وهذا الشرط يختص بجانب العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشرط
الفاسد كما لو اعتق على انه سائبة فان الشرط باطل والاعتاق صحيح **قوله** والتزوج ليس من سبيله بل فيه التزام
المهر والنفقة وحكم المالكية انما يثبت له لتمكن من اداء بدل الكتابة فكل عقد لا يوصله اليه لا يثبت له حكم المالكية فيه
بل يكون كالعبد فيه ويجوز باذن المولى لان الملك له **قوله** انه عقد اكتساب المال فيملكها كالبيع وربما يكون الكتابة
انفع له من البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل الملك عن المملوك الا بعد وصول البدل اليه ولهذا يملكه
الاب والوصي لانه يوجب لمملوكه مثل ما هو ثابت له وذا صحيح كالحر يعتق مملوكه بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب لعبده
فوق ماله لانه يعتق حقيقة بنفس القبول **قوله** ما هو ثابت على المكاتب واعتبره بالاجارة اي ابو يوسف قاس المأذون
على المكاتب فان المكاتب يجوز له ان يزوج امته فكذلك المأذون وكذلك اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون يواجر
امته وعبده فكذلك يجوز له ان يزوج امته **قوله** وهذا لان بيجان اشارة الى ان تزويج الامة لان التجارة
اسم لمبادلة المال بالمال وتزويج الامة ليس كذلك فلا يملك المأذون له بخلاف المكاتب فانه يملكه لان المكاتب يملك

الاكتساب وهذا اكتساب لان اكتساب اسم لما يتوصل به الى المال وتزويج الامة يتوصل الى المهر فكان اكتسابا وانما
كان هكذا لان المكاتب ملحق بالاحرار في استبداد . في التصرف والاكتساب بنفسه والاصل في هذا ان كل من كان تصرفه
عاما في التجارة وغيرها يملك تزويج الامة في حق الغير كالاب والوصي والجد والمفاوض والمكاتب والقاضي وكل
من كان تصرفه خاصا في التجارة كالمضارب وشريك العنان والماذون لا يملك تزويج الامة عند ابي حنيفة ومحمد
كذا ذكره قاضي خان رحمه الله فصل لما ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الاصالة ذكر في هذا الفصل
مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قوله فيجعل مكاتبا تبعا للاصل لانه
اعلم ان الاقوى في الدخول في كتابة تبعا الولد المولود في كتابته ثم الولد المشترى ثم الوالدان فعلى هذا الترتيب ظهرت
الاحكام حتى ان الولد المولود في كتابته يظهر في حقه جميع احكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حيوته
ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب كذلك الولد المشترى في حق حرمة البيع حال حيوة المكاتب ولكن يقبل منه
بدل الكتابة بعد موته لا حالا ولا يمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن حال المولود في التبعية
ثم الابوان دون المشترى حتى انه يحرم بيعه حال حيوة المكاتب ولم يقبل منه بدل الكتابة بعد موته لا حالا ولا موجلا
ليظهر نقصان رتبته في التبعية عن الولد المشترى وعن الولد المولود في الكتابة وانما كان هكذا لان التبعية
للولد المولود في الكتابة ثابتة بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت ثبوت العقد واما الولد المشترى فتبعيته
بالملك وبالبعضية بينهما في حق العقد من حيث الحكم لا من حيث الحقيقة لان بعد الانفصال لا بعضية بينهما من حيث
الحقيقة واما الوالدان فانما يتبعان الولد باعتبار الملك لا باعتبار البعضية فانهما ليسا بعض من الولد فلذلك
انحطت تبعيتهما عن تبعية الولد المشترى وعن تبعية الولد المولود في الكتابة انما قيد بقوله دخل في كتابته ولم يقل
صار مكاتبا لانه لو كان مكاتبا اصالة لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك قوله ان للمكاتب كسبا لا ملكا
والدليل على انه لا ملك للمكاتب على الحقيقة ان الصدقة تحل له وان اصاب كنزا ولا يملك الهبة ولا يفسد نكاح امرأته
اذا اشتراها كذا في الاسرار قوله ولا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهذا لان حقيقة امية الولد لا تثبت لها في حال
الكتابة الا ترى انه لو عجز المكاتب كانت هي قنة للمولى عرفنا ان امتناع البيع فيها انما ثبت تبعا لثبوته في الولد لا
لصيرورتها ام ولد فاذا لم يثبت في الولد بان لم يكن الولد معها لا يثبت فيها لانه لو ثبت لثبت ابتداء ولا يثبت الحكم في التبع
بدون المتبوع بخلاف الحرة فان حقيقة امية الولد هناك الى الولد بناء على الصفات الحكمية الثابتة في الامهات تسري
الى الاولاد كالتدبير والاستيلاد قوله لان تبعية الام ارجح لتبعيتها لانه جزء منها بخلاف حاله ولهذا اتبعها في الرق
والحرية فكذا في الكتابة فلو قتل الولد حتى يكون قيمته للام دون الاب قوله وقال محمد رحمه الله اولادها احرار بالقيمة
ويتوريثها اذا اعتقها لان العبد شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فيساويه في الحكم وهذا لانه انما حكم
حرية ولد الحر لانه نكح الحرة رغبة في حرية الاولاد فحكم بحريتهم نظرا له ودفعا للغرر عنه والعبد يساويه في هذا المعنى
فيساويه في موجبه ولهما انه ولد بين رقيقين فيكون رقيقا كما لو كان عالما بحالها والقياس في الحر كذلك لان الولد

يتبع الام في الرق والحرية الا انا تركنا القياس ثم باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان الحكم
بحرية الولد مع مراعاة حق المستحق بايجاب القيمة في الحال في هذا الوجه وحسب القيمة لتاخرت الى عتقه لانه ضمان
مولى لا يعامله بالقصاص بطريق ضمان كفالة فيعتبر ضررا محضا من جانب المستحق فبطل الالحاق قوله اخذ بالعقر
في المكاتبة ولو وطئها بالنكاح بغير اذن المولى لم يوخذ بالمهر حتى يعتق والفرق ان الدين ظهر في حق المولى في الفصل
الاول لانه من توابع التجارة داخلة تحت الكتابة وان كانت بين عاقبته كالصفقة البيعة والهبة النسية وهذا
العقر من توابع التجارة ويستند الى التجارة لانه لولا الشراء لوجب الحد فصار ملحقا بالتجارة وان كان
مقابلا بغير مال ولم يظهر في الفصل الثاني لان وجوب الحق هنا باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة
والاكتساب فتاخر الى عتقه كدين الكفالة فصل مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول
فلذلك فصلها بفصل ووصلها بالذكر قوله صارت ام ولد سواء صدقته المكاتبة او كذبته لان للمولى في رقبتها
حقيقة الملك وللمكاتب حق الملك فصح تحت الحقيقة على الحق فيثبت من غير تصديق قوله ولو ولدت ولدا
آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي ولا يقال ينبغي ان يلزم المولى هذا الولد بدون الدعوة لانه ولد ام الولد وولد ام
الولد يلزم المولى بدون الدعوة لانا نقول ذاك في ام الولد التي لا يحرم وطئها واما هذه فمحرمة الوطئ باعتبار
بقاء الكتابة فلذلك لا يلزمه نسب ولدها الا بالدعوة قوله واذا كاتب المولى ام ولده جاز فان قلت ينبغي
ان لا يجوز على قول ابي حنيفة لان ام الولد غير متقومة عنده وما ليس بمتقوم كيف يوجد مقابلته بدل
الكتابة وهو متقوم قلت انه لم يكن متقومة عنده لكن هي مملوكة للمولى وعقد الكتابة يرد على المملوك ليتوسل به
الى ملك اليد والمكاسب في الحال والحرية في المآل وحاجة ام الولد الى هذا كحاجة غيرها قوله غير انه
يسلم لها الاكساب والاولاد اي يعتق الاولاد ويخلص لها الاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل حتى سقط
البدل عن المكاتبة كما اذا انفسخ عقد الكتابة عن المكاتب قوله سلم لها الاولاد والاكساب فان قلت
فلماذا سلم لها الاكساب والاولاد قلت لانها عتقت وهي مكاتبة فيسلم لها الاولاد والاكساب وهذا لان الكتابة
تنفسخ في حق البدل ويبقى في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر في انفساخها في حق سقوط البدل
لا في حق الاكساب والاولاد قوله وان كاتب مدبرته جاز بناء على انه يحتاج الى استفادة العتق قبل موت
السيد وذا بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه يلتقاه جهتا عتق عاجل ببدل وآجل بلا بدل قوله اما الخيار اعلم ان
الكلام في الخيار بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله بناء على تجزي الاعتاق عنده وعدم التجزي عندهما فعنده
لما تجزى بقي ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فيتصدى لعتقه جهتان بدل من جهة
كتابة موجلة وجهة سعاية معجلة فيخير للتفاوت بين الامرين وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزى
عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي اصل المال عليه غير موجل لان عتق بعض المكاتب
انما حصل بطريق الوصية لكون المدبر وصية وعتق بعض المكاتب بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة

كما لو اعتق المكاتب في مرض موته ولا مال له سواه فانه يعتق كله عندهما ولا يسقط عنه كل بدل الكتابة وانما
يسقط الثلث واذا بقي عليه بدل الكتابة حالا ووجب عليه ثلثا القيمة بالتدبير حالا لم يكن التخيير مفيدا
فيلزمه اقل المالين بلا خيار كما لو اعتق عبده على الف وعلى الفين فانه يلزمه الاقل بلا خيار عندهم كذا هنا
قوله ولمحمد رح انه قابل البدل الى اخره ان عنده يبطل ثلث بدل الكتابة لان الكتابة صادفت كله لانه مالك لكله
فيكون بدل الكتابة مقابلا بالكل وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه من البدل الا يرى انه لو اعتق كله
بالتدبير بان كان يخرج من الثلث بطل البدل فكذا اذا اعتق ثلثه به يسقط ثلثه عند اعسار الثلثين بالكل
ولهذا لو ادى كل البدل في حيوته يعتق كله ولو كان ثلثه مستحقا بالتدبير ولم يرد عليه عقد الكتابة لما عتق
كله بالاداء وصار كما لو تقدمت الكتابة ثم دبر وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله ان المال جعل بمقابلة ما يصح
مقابلته وبما لا يصح فانصرف كله الى ما يصح كرجل طلق امرأته ثنتين ثم طلقها بالف لزم الالف كله مقابلا
بما بقي وهو الواحدة وهذا لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا للمكاتب والبدل بمقابلة ذلك لا بمقابلة
ما هو ثابت والتدبير اوجب استحقاق ثلث رقبته لا محالة فلا يتصور استحقاقه بالكتابة لكون البدل بمقابلته
فكان البدل بمقابلة ما وراءه واذا ثبت ان بدل الكتابة مقابل بما وراء المستحق بالتدبير ولم يسلم شيء منه للعبد
بموت المولى فلا يسقط شيء منه من بدل الكتابة وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبته لان البدل ثمه قوبل بكل الرقبة اذ لم يستحق
شيء منه قبل عقد الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة اما هنا
فالكتابة وقعت بعد التدبير وتناولت ما لم يتناوله التدبير وما تناوله الثلث قد سقطت حتى لو اتلفه
انسان لا يضمن الا قيمة الثلثين فكان البدل بازاء الثلثين ضرورة وليس كما اذا ادى في حيوته لان استحقاق الثلث
قد بطل ببطلان التدبير الذي قلنا قوله وان دبر مكاتبته صح التدبير بناء على انه يملك تنجيز العتق فيملك
التعليق بشرط الموت لتناوله الخيار فان عجز بقي مدبرا لان الكتابة ليست بلازمة في جانب العبد
قوله وسقط عنه بدل الكتابة لانه انما التزمه ليحصل العتق به وقد حصل العتق بدونه والكتابة وان
كانت لازمة في جانب المولى لكنها تنفسخ بالتراضي وقد وجد الرضا من المولى بالاقدام على الاعتاق وكذا من العبد
لحصول العتق مع سلامة الاكساب لان الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البدل للنظر والنظر في ابقائها
في حق سلامة الاكساب قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل بخمسمائة من بدل الكتابة والاجل
ليس بمال وخمسمائة مال فكان الاعتياض عن غير المال بالمال ربوا ولهذا لو كان له دين مؤجل على حر او على مكاتب
الغير فصالحه على نصفه معجلا لم يجز وجه الاستحسان ان الفساد في الحط لمكان الربوا والاجل ليس بمال متقوم
فلم يجز مقابلة الحط به وقد وجدنا سبيلا الى الاحتراز عن الربوا هاهنا وهو ان يجعل ذلك فسخا منهما للكتابة السابقة
وتجديدا للعقد على خمسمائة حالة لان بدل الكتابة ليس بمنزلة الاموال لانه لا يقدر على اداء البدل الا بالاجل فاعطي له
حكم المال وبدل الكتابة ليس من الحقوق التي ليست بمال بدلالة انه لا يصح نصابا للزكوة ولا يوصف باللزوم حقيقة

ولا يصح الكفالة به فكان كل واحد منهما مالا من وجه دون وجه فاعتدلا فلا يتحقق الربوا واما الدين الذي على
الحر فصالح نصابا للزكوة ويوصف باللزوم حقيقة ويصح الكفالة به والاجل في حقه لا يشبه المال لانه قادر على
فيبطل الاعتياض ولان الاعتياض عن الاجل ربوا من وجه وعقد الكتابة عقد من وجه دون وجه بناء على
ان القياس ينفي هذا العقد ولانه يمنع حر وجه لانه يتعلق العتق باداء البدل والمكاتب يشبه المشبهة لانه ظهر
النقصان في الموضعين اعني كونه عقدا وكونه مقصلا فلو كان النقصان في احد الموضعين فكان شبهة والمظهر
في الموضعين جميعا صار شبهة الشبهة او نقول الربوا يقتضي المجانسة اذ هي احد وصفي الربوا والمجانسة
بين الخمسمائة وبين الاجل في المالية فقط هو عقد من وجه دون وجه وكان في ذلك شبهة الشبهة فالمعتبر هو الشبهة
دون النازل عنها قوله وقال محمد رح يؤدي ثلثي الالف او ثلثي القيمة حالا والباقي الى اجله لان ما زاد على القيمة
ملك المريض تركه بان يكاتبه على قيمته ويملك تاجيله بالطريق الاولى لان التاجيل اهون من الابطال وصار كما لو خالع
امرأته في مرض موته على الف الى سنة فانه يعتبر من كل المال لانه لو تركه صح بان يطلقها بلا بدل فيصح تاجيله
يعتبر ولهما ان بدل الكتابة قوبل بمال متقوم فيصير بدلا عنه ولهذا كان عتقه معلقا باداء الكل وحق الورثة كان
متعلقا بجميع المبدل فيصير متعلقا بجميع البدل وقد تبرع بتاجيله فلا يصح في قدر الثلثين منه بخلاف بدل الخلع
لانه لا يقابل المال بوجه من الوجوه ولم يكن حق الورثة متعلقا بالمبدل وهو البضع فلا يصير متعلقا بالبدل
واصله ان المريض اذا باع دارا قيمتها الف درهم بثلثة الاف الى سنة ثم مات ولا مال له غيرها ولم يجز الورثة
فعندهما يقال للمشتري اما ان تعجل ثلثي جميع الثمن والباقي عليك الى اجله والا فانقض البيع وحاصله ان المحاباة بالاجل
معتبر في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما لان التاجيل تبرع من المريض حيث ان الوارث يصير ممنوعا عن المال بسبب
التاجيل كما يصير ممنوعا بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن هاهنا بدل الرقبة بدليل انه يثبت فيه
احكام الابدال حتى يبيع مرابحة على جميع الثمن ويأخذ الشفيع بكل الثمن وعند محمد الاجل فيما زاد على القيمة يصح من راس
ويعتبر في قدر القيمة من الثلث ولو كان على العكس بان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم يجز الورثة قيل ادى
ثلثي قيمته حالا وانت حر ولا شيء عليه غير ذلك لانه ادى المشروط وزيادة والا رددت في الرق عندهم لان المحاباة
في القدر والاجل توجب اعتبار الكل من ثلث ماله **باب من يكاتب عن العبد** لما فرغ
من ذكر احكام يتعلق بالاصل شرع في بيان احكام ما يتعلق بالنائب قوله لا يعتق فيما بناء على ان العقد موقوف
والموقوف لا حكم له ولم يوجد المعلق ولا ضرر للعبد الغائب وهذا لان المولى ينفرد بايجاب العتق والحاجة الى قبول
المكاتب لاجل البدل فان تبرع الفضولي باداء البدل وتصرف الفضولي نافذ في حق كل حكم ليس بضرر ولا ضرر عليه في
عتقه بتبرع الحر باداء البدل عنه فتنفذ الكتابة في حق هذا الحكم وتوقف في حق لزوم الالف على العبد قوله لا يرجع
على العبد لانه متبرع وهل يرجع على المولى فيسترد منه ما ادى ان ادى بضمان يسترد لان ضمانه كان باطلا لانه ضمن غير
الواجب الا يرى انه لو ضمن المال في الكتابة الصحيحة فادى يرجع بما ادى فهاهنا اولى وان ادى بغير ضمان لا يرجع

لانه تبرع به ليحصل العتق وقد حصل فيتم اداؤه **قوله** وقيل هذه يعني صورة مسئلة الكتابة ما اذا لم يقل
ان اديت الي الفا فانت حر بل قال له كاتب عبدك على الف درهم وقبل الفضولي فقبل العبد والحكم فيه انه اذا ادى عنه
عتق وان بلغ العبد فقبل يصير مكاتبا وقيل هذا الجواب اي العتق باداء الفضولي فيما اذا كانت المسئلة مصورة
مصورة التعليق بان قال الفضولي علي اني ان اديت عنه فهو حر على ما قال في المتن **قوله** وجه الاستحسان ان هذا
العقد في حق الغائب عقد يتفرد به المولى فيوجب ان يصح بلا توقف كما لو كان الحاضر الفضولي قال له اذا اديت فلان
حر فانه يصح من غير قبول الغائب وهذا لان المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه
مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداءها وليس عليهم من البدل شيء فلما امكن
ان يجعل تبعا استغنى عن شرط الرضا وتفرد به الحاضر وطالب الحاضر بكل البدل لان المال كله عليه وايهما ادى عتقا
ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه وهو اصيل فيه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على
القبول وان لم يكن البدل عليه كمعير الرهن اذا ادى الدين الى المرتهن يجبر المرتهن على القبول منه لحاجته الى استخلاص
عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه بشيء اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه وكذلك المكاتب اذا ادى ولد
في الكتابة فانه ادى لم يرجع على ولده بشيء واما الغائب فلانه ادى بغير امره وليس بمضطر من جهته بل طلب نفعا
مبتدأ بخلاف معير الرهن لانه مضطر فيه لانه يفوت ملكه الثابت وان وهب المولى الكتابة للحاضر عتقا لان الكل
عليه فيخرج لكن منزلة ادائه وان وهبها للغائب لم يعتقا لانه لا شيء عليه فلا تصح الهبة **قوله** وليس للمولى
ان ياخذ الغائب بشيء من البدل لانه لم يلتزم شيئا بل هو تبع في العقد كولد المكاتب لا يوخذ ولد المكاتب بشيء كذا هاهنا
قوله وكاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها فهو جائز وليس جواز العقد منها على ابنيها بطريق الولاية
اذ لا ولاية للام الحرة على ولدها فكيف للامة ولكن الامة جعلت نفسها اصلا في الكتابة فيجوز عليها قصدا وعليهما
تبعا استحسانا كما في كتابة الحاضر على عبد للمولى غائب ايهم ادى لم يرجع على صاحبه بشيء لما مر ويجبر المولى على القبول
لما بينا ان المؤدي ينتفع بما يؤدي فيتحقق للمامور وان كاتب عبده كتابة صحيحة فاداه عنه غيره بلا امر وضمان
عتق ولا يرجع لانه متبرع ولو ادى بضمان بامر العبد يرجع على العبد لادائه بامره او على سيده لفساد ما بني عليه
الاداء وهو الضمان

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة رجلين بعد كتابة رجل لان الاثنين بعد الواحد **قوله** واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما اي اصل قول ان المال الذي فيه
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وما لا يتوقف عليه وذلك لانه لما كان لا يتجزى الكتابة عندهما كان يكاتبه احدهما نصيبه كله
مكاتبا والاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل فيصير البدل لهما جميعا كما لو كاتباه جميعا فيكون مكاتبا بينهما لو عجز
وفي يده اكساب كانت الاكساب بينهما فكذا هاهنا ومن اصل ابي حنيفة رضي الله عنه ان الكتابة تتجزى كالاعتاق واذا
كان احدهما اقتصر الكتابة على نصيبه لمكاتب لكن للاخر حق الفسخ لانه فعل باذنه والاذن في العقد اذن للمكاتب
بالاداء فيصير الشريك الاذن متبرعا نصيبه من الكسب حق المكاتب فيصير المكاتب احق به فاذا ادى يختص به القابض

او يقول لما اذن احدهما صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكاتبا وبقي نصيب الاذن عبدا كما كان فحين اكتسب كان
هذا الكسب مملوك بعضه مكاتب وبعضه عبد فما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب وما كان من كسب العبد فهو لمولاه
ثم اذن الذي لم يكاتب شريكه بقبض بدل الكتابة بعد اذن لاحدهما بعضا دينه من الكسب الذي يكون له فيصير
الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب على المكاتب علي الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع ويصير بمنزلة
ما لو وهب من مكاتبه شيئا ثم المكاتب ملكه من غيره بعوض ثم عجز فان قلت المتبرع له ان يرجع بما تبرع به اذا لم يحصل مقصوده
من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض او استحق يرجع بما تبرع لان المقصود من التبرع
سلامة المبيع للمشتري لم يحصل وكذا لو تبرع بالمهر عن الزوج ثم جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول يرجع بما تبرع به لان المقصود
التبرع سلامة منفعة البضع للزوج ولم يحصل فهاهنا ايضا مقصود الاذن بالتبرع ان يسلم للمكاتب رقبته بالعتق
ولم يحصل بالعجز ينبغي ان يرجع قلت المتبرع عليه هاهنا هو المكاتب من وجه من حيث ان المقصود للاذن عتقه بعد العجز صار
مرقوقا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولا عينا خصوصا اذا خرج عن يده بالتسليم الى المكاتب بخلاف
الزوجة والعاقد لانهما محل صالح للوجوب من المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده كذا ذكره قاضي خان
قوله فيكون متبرعا بنصيبه عليه كرب الوديعة اذا امر المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق له الوديعة
عليه سبيل فكذا هذا الا اذا نهاه قبل الاداء فيصح نهيه لانه تبرع لم يتم ولو اذن وهو مريض واذى من كسب بعد الكتابة
صح من كل ماله لان الكسب اذا لم يكن موجودا حالة الاذن لم يتبرع بشيء من ماله حتى يعتبر من الثلث انما تبرع بمنافع العبد
حيث اذن له بصرفها في اداء بدل الكتابة وتبرع المريض بالمنافع لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال لانه لا حق للورثة يتعلق
باعيان الاموال لا بالمنافع وان كان قد اكتسب قبل الكتابة فاذن له في الكتابة والقبض فهو من الثلث لانه تبرع بعين ماله
لانه حين الاذن كان الكسب قائما فيتعلق حق الورثة **قوله** واذا كانت جارية بين رجلين اعلم انه اذا كاتبا امة بين رجلين
كاتباها فوطئها احدهما فولدت ولدا فادعاه فوطئها الاخر فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول ضمن لشريكه كل عقرها وقيمة
ولدها ويكون ابنه وانها دفع العقر الى المكاتبة صح وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما هي ام ولد للاول وهي
مكاتبة كلها له وعليه نصف قيمتها للشريك عند ابي يوسف وعند محمد رحمهما الله عليه الاقل من نصف القيمة ومن نصف
ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد من الاخر ولا يكون الولد له بالقيمة ويغرم لها وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف
في تجزي استيلاد المكاتبة فعنده يتجزى وعندهما لا يتجزى واستيلاد القنة لا يتجزى اجماعا واستيلاد المدبرة يتجزى اجماعا
فاذا عرفنا هذا فنقول اذا ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته لانه استولدها وله في نصفها ملك وهو يكفي لصحة
الاستيلاد وصار نصيبه ام ولد له ولم يتملك نصيب صاحبه وبقي نصيب الاخر مكاتبا عند ابي حنيفة وقالا يتملك نصيب صاحبه
وصار كلها ام ولد لان تكميل الاستيلاد واجب ما امكن الا ترى انه لو استولد امة مشتركة يصير كلها للمستولد لامكان
التمليك لانها قابلة للنقل وقد امكن هاهنا لان الكتابة تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمله فرجحنا الاستيلاد وكملناه وفسخنا
الكتابة في حق التمليك ومتى لا تتصور به والكتابة تنفسخ فيما لا تتصور به وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف ما لو استولد مدبرة

مستولدة فانه لا يكمل ولا يقتصر على نصيب المستولد لانه لا يمكن تكميلها اذ التدبير مانع للنقل من ملك الى ملك فان قلت هلا
قلتم بفسخ الكتابة في ضمن القضاء بالبيع فيها اذا باع المكاتب كما قلتم بانفساخ الكتابة في ضمن القضاء بالاستيلاد قلت نحو زه
ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ويتضرر هو ببطلانه والكتابة لا تنفسخ فيما يتضرر به المكاتب وله
ان الاستيلاد يقبل التجزي اذا وقع في محل لا يقبل النقل كالمدبرة بين اثنين استولدها احدهما فانه يتجزى ويقتصر الاستيلاد
على نصيب المستولد والكتابة عقد لازم كالتدبير فلا يقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر الاستيلاد على نصيبه كما
في المدبرة المشتركة اذ لو صار كلها ام ولد له لانتقل الملك اليه مع قيام الكتابة اذ لا سبيل الى الفسخ لانها عقد لازم والكتابة
مانعة للنقل فاذا جاءت بولد اخر وادعاه الاخر صح لقيام دعوى بنسب والامة نصفها ملك له فيصح دعوته ويثبت نسبه منه
فاذا عجزت المكاتبة بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الامة كلها ام ولد للاول لان المقتضي لتكامل الاستيلاد
موجود والمانع من التكامل فاذا انفسخت الكتابة عمل المقتضي عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار للبائع اذا
سقط الخيار يثبت الملك به من وقت وجوده ويضمن للاخر نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لتكامل الاستيلاد قوله
فيفسخ الكتابة اي فيفسخ الكتابة فيما لا يتضرر به المكاتب وهو ما سوى الولد لانه لا ضرر لها في كونها ام الولد بل
لها فيه نفع حيث لم تبق محلا للابدال بالبيع والهبة قوله وتبقى الكتابة فيما وراءه اي فيما وراء الفسخ في حق
ما لا يتضرر بالانفساخ وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها وسقوط الحد عن الثاني في وطئه قوله وبخلاف
بيع المكاتب اي لا تنفسخ الكتابة لضرورة تجويز البيع بخلاف فسخها لضرورة الاستيلاد لان المكاتب يتضرر في فسخ الكتابة
بدون رضاه قوله غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره ابو حنيفة رضي الله عنه
او انها بقيت مكاتبة بينهما فيما يتضرر به بالاجماع على ما ذكرنا ان وطي مكاتبته لا يوجب الحد وان كانت مشتركة بينه وبين اخر
قوله واذا بقيت الكتابة اي فيما يتضرر بفسخ الكتابة كما في عدم كونها احق باكسابها قوله وصار كلها مكاتبة له
اي للاول قوله ويغرم عليها نصف بدل الكتابة وذكر قاضي خان رحمه الله عندهما لما صار كلها ام ولد للاول
قبل العجز اختلف المشايخ قال ابو منصور الماتريدي رحمه الله تبقى مكاتبة بجميع بدل الكتابة لان انفساخ الكتابة امر
ضروري فلا يظهر فيما عدا التمليك فيبقى العقد للاول كما كان ولهذا اوجب ابو يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة
وقيل بحط كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التمليك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل في ابقائه في حصته
اي في حق نصف بدل الكتابة نظرا للمولى هو المستولد للاول قوله لظهور اختصاصه على ما بينا اي في تعليل
ابي حنيفة رضي الله عنه قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة يعني في قياس قوله
في اعتاق المكاتب بين اثنين فان عنده يضمن المعتق قيمة نصيب شريكه مكاتبا وعند محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف قيمتها
اي مكاتبة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة بحث اقلهما لانه مستوفي لانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم الخ
ولو تملكها احدهما بالاستيلاد يستحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة درهم اذا كانت قيمتها الف درهم وقد
وصل اليه جميع بدل النصيب من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل قوله واذا كان الثاني لم يطأها ولكن

دبرها اي بعدما استولدها الاول قوله وعندهما ظاهر اي بطلان تدبير الثاني ظاهر عندهما لعدم الملك لان
المستولد الاول يملكها وانفسخت الكتابة قبل التدبير فلا يصح تدبير الثاني لانه تدبير ام ولد الغير لا يصح وانما يشكل على
قول ابي حنيفة حيث يجوز الاستيلاد من الثاني ولا يجوز التدبير منه والفرق ان الثابت قبل العجز هو الملك بطريق الظاهر
وذلك يكفي لثبات النسب دون التدبير الا ترى انه لو اشترى امة واستولدها ثم استحقت يبطل التدبير فبهذا افترقا
كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله قوله ويحمل الاستيلاد على ما بينا اي في تعليل قول ابي حنيفة رضي الله عنه وهو
قوله وتبين ان الجارية كلها ام ولد الاول لانه زال المانع من الانتقال لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبة قوله
وهذا قولهم جميعا لان استيلاده كان عند قيام الكتابة فيصح استيلاد المكاتبة بالاجماع ووجهه ما بينا اي
في تعليل القولين قوله والرجوع فان عند ابي حنيفة رضي الله عنه اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على
العبد وعندهما لا يرجع المعتق على العبد قوله وفي الخيارات فان عند ابي حنيفة رضي الله عنه فالشريك الساكت
بين الخيارات الثلث ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له
الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار قوله وغيرها وهو الولاء قوله فاما قبل العجز فليس له ان يضمن
المعتق عند ابي حنيفة رحمه الله انما قيد حكم الضمان بعجز المكاتب وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر
ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه اي اخره الى ان عجزت لان من اصل ابي حنيفة رحمه الله ان العتق يتجزى فكان اعتاق نصف المكاتبة لا يورث
الفساد في نصيب الساكت زيادة على ما اورثه الكتابة لان اثر اعتاق النصف ان يصير النصف الاخر بمنزلة المكاتب
وهي كانت مكاتبة قبل الاعتاق فكان اعتاق المعتق مجامعا للكتابة فلا يضمن المعتق قبل العجز لانه لا يظهر اثر الاعتاق
فيها لبقاء نصيب الساكت كما لو حدث القيمة وهو انه انسد عليه باب التمليك بالبيع وغيره وهو فساد فيها وصار ذلك
الاعتاق السابق بعد ما الان يضمن لصاحبه نصف قيمتها ويرجع عليها بما يضمن لما عرف من اصله ان المعتق اذا ضمن يرجع
بذلك على العبد قوله البيع واشباهه وهو الهبة والصدقة والارث الوصية والاستخدام واشباه ذلك وهي
الاجارة والعارية والوطي قوله والاعتاق وتوابعه وهي الكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال قوله
واذا ضمنه لا يملكه بالضمان هذا الضمان ضمان جناية لا ضمان تملك كما في غصب المدبر وذكره الامام قاضي خان رح
وقيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة لان منافع المملوك ثلث الاستخدام والاسترباح بالبيع وقضاء الديون من مالية بعد
الموت وبالتدبير يفوت منفعة واحدة وهي منفعة الاسترباح فينقص ثلث قيمته وبالاستيلاد يفوت منفعتان
منفعة الاسترباح ومنفعة قضاء الديون بعد الموت وتبقى منفعة واحدة وهي الاستخدام فتوزع القيمة على ذلك
قوله كان للاخر الخيارات وهي خيار التضمين وخيار الاعتاق وخيار الاستسعاء قوله فاذا دبر لم يبق له
خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير يصير مبرئا للمعتق عن الضمان لمعنى وهو ان نصيبه كان قنا فكان يضمنه
اياه ومتعلقا بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك نصيبه كان مدبرا حين العتق
فلا يكون بشرط التضمين تملك العين منه فان قلت لا يشترط تملك العين في جميع الضمانات بل يكون الضمان بدون

بملك الجنين كما في غصب المدبر فلم يشترط ههنا وهو فيما اعتقه احد الشريكين والابن دون الآخر يملك العتق
في حق التضمين بل كان ينبغي ان يضمن المدبر المعتق لان المعتق يتلف مالية العبد بالاعتاق كما اذا قدم المدبر بينه
على اعتاق قلت اعلم ان المدبر اذا كان قابلا للنقل من ملك الى ملك ضمنه ولانه التضمين بشرط النقل فاذا
وجد تعذر النقل يتعذر التضمين لان حق التضمين يثبت مقيدا بهذا الشرط وهو نظير ما لو غصب الرجل عبدا
المولى ثم ابق او مات لا يكون له حق التضمين لان حق التضمين يثبت بشرط التمليك فاذا فات الشرط تعذر التضمين
اما لو غصب مدبرا فابق او مات ضمن الغاصب لان حق التضمين يثبت لا بشرط التضمين لانه لم يكن محلا للتمليك وقت
الغصب قاله قاضي خان رحمه الله تحصيل هذا كله ان الضمان يتعلق بالتمليك اذا كان المحل يحتمل التمليك كما
اذا سبق منه الاعتاق او غصب القن فمات او ابق فيهما واما اذا كان المحل يحتمل التمليك فيتعلق الضمان بمجرد الحيلولة
بين المالك والمملوك لا بالتمليك كما اذا غصب فمات او ابق اما اذا تعلق الضمان في اصله بالتمليك ثم اعترض فيه ضمان
الحيلولة بين الضمانين بضمان التمليك عن ضمانه لان شرط التضمين لم يبق وهو فيما اذا غصب الغاصب القن ثم
المالك لم يبق الغاصب ضامنا لان ضمانه في الابتداء تعلق بشرط التمليك فلم يبق ذلك الشرط فلا يبقى المشروط
وهو الضمان بخلاف ما اذا غصب المدبر ابتداء حيث يبقى ضامنا لان المدبر لا يتجزى فاذا دبر احدهما او كان الكل
مدبرا له ضمانه لم يتعلق بشرط التمليك فيبقى فلذلك اعلم ان هذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رضي الله عنه واما على
قولهما التدبير لا يتجزى فاذا دبر احدهما اولا كان الكل مدبرا له وهو ضامن لشريكه موسرا كان او معسرا لانه يملك
نصيب صاحبه واعتاق الآخر باطل انه اعتق احدهما اولا فهو حر كله ويدبر الآخر بعد ذلك باطل ""

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تاخير هذا الباب ظاهر
التناسب لان هذه الاشياء متاخرة عن عقد الكتابة اعلم ان المكاتب اذا مات وله مال وعليه دين او جنايات وله اولاد احرار
واولاد ولد في الكتابة بدئ من تركته اولا بالاجنبي بالدين ثم بالجنايات ثم بالكتابة لان الحقوق اذا اجتمعت
في العين يرجح بعضها على البعض بالقوة فبدأ بالاقوى فالاقوى كما في التركة بالتجهيز ثم بالدين ثم بالوصية اصله قوله تعالى
وَيُؤْتِ كُلَّ ذِي فَضْلٍ فَضْلَهُ والدين اقوى من الجناية لانه كان دينا مستقرا في ذمته في حياته والجناية لا تتعلق
بذمته الا بقضاء القاضي ثم الجناية اقوى من الكتابة لان الكتابة ليس بدين مستقر فانه يتمكن من اسقاطها
فلاجله قدمت الجناية ثم بعدها الكتابة واذا ادت الكتابة حكم بحريته في حياته وحرية من كان تبعا له في الكتابة
فلهذا كان الباقي ميراثا لهم وفيه النجم هو الطالع ثم سمي به المضروب ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة قوله
ضربت للابلاء اي لاظهار الاعذار كامهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه عليه الحكم فادعى الدفع ببينة
حاضرة انه يؤخر يوما او يومين او ثلاثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا العدد من باب التخرج دون التأخير والاصل
فيه قصة موسى عليه السلام مع معلمه عليه السلام حيث قال في الثالثة هذا فراق بيني وبينك كذلك قدر صاحب الشرع
صلى الله عليه وسلم الخيار بثلاثة ايام للاختبار قوله اذا توالى على المكاتب نجمان اذا في الرق علقه بالشرط والمعلق

والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وهذا لانه يعرف فيما ساقصار المروي عنه كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم
ولان الفسخ للعجز ولا يتحقق العجز الا بتوالي نجمين فلا يثبت حق الفسخ قبل ثبوت دليله وهذا لانه لما مضى نجم صار
حالا والعجز عن البدل الحال لا يوجب الفسخ ولا يتحقق الا بعد مضي مدة الامهال والابلاء العذر واحق مدة الاجال لما اجتمع
عليه العاقدان فاذا مضى النجم تحقق العجز فوجب الفسخ ولنا ما روي عن ابن عمر ان مكاتبة له عجز عن نجم فرده في الرق
وليس في حديث علي رضي الله عنه انه اذا لم يكن ثمة ما حكمه فهو مسكوت عنه على ما عرف فرفع هنا ولان المقصود بالعقد
في جانب المولى تحصيل المسمى عند انقضاء النجم الاول لانه لو فات فوجب تخيير كما لو توالى عليه نجمان فهذا لان الكتابة
قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد اخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات
وصف السلامة في المبيع ولانه لما مضى النجم صار كانه كاتب على ذلك القدر حالا ولو كان كذلك لعجل له اما ان يعجل
واما ان يرد في الرق ولم يؤجل الا ان يكون مال حاضر او غائب يرجى قدومه ولم يرد على ثلاثة ايام فكذا ههنا واما التأخير
الى ثلاثة ايام اقتضى لموجب العقد لان الاداء انما يتوجه بعد انقضاء مدة النجم ولا بد للاداء من زمان فاستحسنا
هذا القدر على ان يكون من باب التخرج دون التأخير نظرا لهما والابلاء للعذر للمأمور كما يمهل المدعى عليه للدفع اي اذا توجه
عليه الحكم وادعى ان له دفعا ببينة حاضرة فانه يمهل ثلاثة ايام وامهال المديون للقضاء فانه اذا اراد دين وسأل ان يمهله
ثلاثة ايام ليحضر المال او يبيع عينا في يده اجابه الى ذلك لم يكن بذلك مسيئا عن ادائه ولم يحبسه به قوله عند
غير السلطان اي عند غير القاضي قوله وقال الشافعي رضي الله عنه تبطل الكتابة بموته عبدا وما ترك لمولاه
وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه عندهم ما قاله ان العقد لو بقي لبقي ليحصل العتق بالاداء وقد تعذر اثباته
فبطل هذا لانه لا يخلو اما ان يثبت العتق قبل الموت او بعده مقتصرا او مستندا لا وجه الى الاول لعدم شرطه وهو
الاداء والشيء لا يسبق شرطه ولا الى الثاني لان الميت ليس بمحل لثبوت العتق لما فيه من احداث قوة المالكية وذا لا يتصور
في الميت ولا الى الثالث لانه لما تعذر اثباته في الحال تعذر اسناده ضرورة لان الشيء يثبت ثم يستند ولان في اسناده
الى حال حياته اثبات العتق قبل وجود شرطه وهو الاداء وهذا بخلاف ما اذا مات المولى فانه يبقى بعد موته ويعتق
بالاداء الى ورثته وصار المولى معتقا له لان المستحق لا يكون معتقا له الا ترى انه لو قال لعبده انت حر بعد موتي
كان صحيحا ولو قال بعد موتك كان لغوا ولنا ما قاله اصحابنا ان الكتابة عقد معاوضة لا ينفسخ بموت احد المتعاقدين
وهو المولى فلا ينفسخ بموت الآخر وهو العبد كالبيع وهذا لان قضية المعاوضة المساواة بين العاقدين فاذا جاز
ابقاء العقد بعد موت المولى لحاجته اليه ليصل الى مقصوده وهو الولاء فكذا يجوز ابقاء العقد بعد موت المكاتب
لحاجته اليه ليصل الى مقصوده وهو شرف الحرية بل اولى لان الذي استحق المولى قبله ليس بلازم حتى لو عجز نفسه
عن اداء البدل يبطل والذي استحق المكاتب قبل المولى لازم حتى لو اراد ان يبطله ليس له ذلك فاذا لم يبطل بموته
حق المكاتب فانه الزم اولى ان لا يبطل ولان الموت انفى للمالكية منه للمملوكية عبارة عن القدرية والمالكية عبارة عن
القادرية والقاهرية ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا ولا يوصف بكونه مالكا والموت انفى للقادرية والقاهرية

منه للمعقود به والمعقود به فاذا جاز ابقاء العقد مع اقوى المنافيين لادنى الحاجتين فلان يبقى العقد مع ادنى
المنافيين لاعلى الحاجتين اولى واحرى واما ما ذكر من الترديد فنقول انه يعتق بعد الموت عند البعض بان
يقدر حيا مالكا للعتق كما قدر المولى حيا ومالكا ومعتقا في فصل موت المولى ولهذا قدرنا الميت بعد موته حيا
مالكا لامواله فيما يحتاج الى قضاء دينه وتنفيذ وصيته والجمهور على انه يعتق في اخر جزء من اجزاء حيوته اما لان
سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه ويجعل اداء خلفه كادائه بنفسه فان قلت الاداء فعل
حسي والاستناد انما يكون في التصرفات الشرعية قلت نعم ولكن فعل الاداء يضاف الى الموت وهذه الاضافة شرعية
الا يرى لو جرح صيدا فمات قبل ان يصيبه اصابه صار ملكا له ويورث عنه الميت ليس باهل للملك لكن لما صح السبب
والملك يجب بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة وهو ليس باهل له يثبت الملك من حين الامكان وهو اخر جزء من اجزاء
حيوته فكذا ههنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الاداء والاداء جائز بعد
الموت والحكم وهو وقوع العتق ما يمكن اثباته من حين الموت كالملك ثم حكمنا بعتقه في اخر جزء من اجزاء حيوته
اما باسناد الاداء الى سببه واما بان يقام التركة الموجودة منه في اخر جزء من اجزاء حيوته مقام التخلية
بين المال وبين المالك وهو الاداء المستحق عليه كذا في الاوضح قوله ولم يترك وفاء اي مالا يفي ببدل الكتابة قوله
وعنده يؤدي الى اجله بناء على انه تكاتب عليه فيسعى على نجومه كالمولود في الكتابة وهذا لانه صار بمنزلته حتى ملك
المولى اعتاقه كاعتاق المكاتب بخلاف سائر اكساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الاجل
يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف اليه العقد ولم يسر
حكمه اليه لكونه منفصلا وقت الكتابة عنه فكان ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كانه مات
عن وفاء بخلاف الولد المولود في الكتابة لانه سرى اليه حكمه لانه ما قد دخل في حكمه فيسعى على نجومه قوله
وان كان كسبه اجعلا كسبه لاحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما وهذا لان الكتابة لما كانت احدة وحكمهما واحد
فانهما يجعلان كانهما ادياه او يراد ان يعاني الوقت لم يوجد ما وقد عتق العبد في اخر جزء من اجزاء حيوته فيعتق الابن
معه في تلك الحالة ايضا قوله واذا مات المكاتب وله ولد من حرة الى اخره يريد بهذا الفرق بين هذه المسئلة
وبين التي قبلها وهي قوله وان اختصم موالي الام الى اخره صورته مكاتب مات وله ولد من امراة حرة وترك دينا
على الناس فيه وفاء بمكاتبته فان جنى ولده لموالي الام اما بقاء الكتابة فلما له من المال لان الدين مال باعتبار ماله ولكن
لا نحكم بعتقه الا عند الاداء ببدل الكتابة وما لم نحكم بعتقه لا يظهر لولده ولاء في جانب الاب فيكون هو لموالي
الام واذا ادى بدل الكتابة ظهر له ولاء في جانب الاب فيجر الولاء الى موالي الاب لان الولاء كالنسب اذ كان الولد
حتى يقضي القاضي بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة وان اختصم موالي الام
وموالي الاب في ولاء الولد وميراثه بعد موت الولد فقضى القاضي بالولاء لموالي الام يكون ذلك قضاء بعجز المكاتب
وفسخ الكتابة والفرق ان القضاء في المسئلة الاولى يقرر حكم الكتابة لان من قضيته تمام الكتابة ان يكون ملحقا بموالي الام

والعقل عليهم مع احتمال ان يعتق الاب فيجر الولاء الى موالي الاب فلم يكن القضاء بما يقرر حكم الكتابة فسخا للكتابة
وفي المسئلة الثالثة وقع الاختلاف في الولاء مقصودا وهو ينبني على تمام الكتابة وانتقاضها لان الكتابة
ان انتقضت كما قال زيد رحمه الله استقر الولاء على موالي الام ومات عبدا وان بقيت كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما
عتق الاب بالاداء وانتقل الولاء الى موالي الاب ان استقر عليهم فاذا قضى القاضي بالولاء لموالي الام فكان قضاء
في فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه وكان تعجيزا قوله وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب
لسيده لانه تبدل الملك لان الصدقة كانت ملكا للمكاتب ثم صارت للمولى بالاداء وتبدل الملك كتبدل العين في
الشريعة فقد روي ان بريرة رضي الله عنها كان يتصدق عليها وهي تهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيتناول منها ويقول صلى الله عليه وسلم هو لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف الفقير اذا اباح للغني او للهاشمي
عين ما اخذ من اموال الزكوة من الطعام فانه لا يحل لان الملك لم يتبدل لان المباح له يتناوله على ملك المبيح وهذا اذا
عجز بعد الاداء قوله وهذا عند محمد ظاهر لان المذهب عنده ان المكاتب اذا عجز يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ
فتبدل الملك واما عند ابي يوسف رحمه الله فكذلك في الصحيح وان كان قياس مذهبه يقتضي ان لا يحل لانه لا يتبدل الملك
بالعجز عنده بل يتقرر ملك المولى بالعجز وصار كان الصدقة وقعت من الاصل للمولى ولو كان كذلك لحرمت عليه لكن ههنا
لانه اخذ نفس الصدقة واما الخبث في الفعل لا في المحل لانه اذلال به لان ما الصدقة يسقط الذنوب عنه وليس للمسلم
ان يذل نفسه الا عند الحاجة فلهذا احل للفقير ولا يحل للهاشمي وان كان محتاجا اليه لان له زيادة حرمة وشرف ليست
لغيره ولا اخذ ههنا من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى والمكاتب اذا عتق استغنى
يطيب لهم ما بقي من الصدقات في ايديهم قوله وكان يقول اولا يباع فيه اي يحجز قبل القضاء وهو قول زفر رحمه الله
ان جناية المكاتب عمدا لا تصير مالا بقضاء او برضا او بالموت عن وفاء وعند زفر رحمه الله تصير مالا في الحال لان
المانع من الدفع قائم وقت الجناية وهو الكتابة فوجب ان تصير موجبه القيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وام الولد ولنا
ان الاصل في جنايات العبد وجوب الدفع الا ان يتعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك الى ملك فالمانع ههنا قابل
للفسخ والزوال فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضاء او الرضاء كالعبد المبيع اذا ابق
قبل القبض لا ينفسخ البيع الا بالقضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لان المانع ثابت مقرر لا يحتمل
الزوال فوجب القيمة بلا توقف قوله فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه وقال السرخسي عتقه صحيح لان المكاتب
يورث لانه مملوك والمملوك يورث فصار كاعتاق الكل ولنا انه اضاف التصرف الى ما لا يملكه فيلغو كاحد الشريكين اذا اعتق
نصيب شريكه فانه يلغو وهذا لان المكاتب لا يورث لانه سبب ملك ولا يملك بسبب من الاسباب فكذا سبب الوراثة
والفاسخ اعتاق الكل لا ينفذ عتقهم ولا يسقط حقهم في بدل الكتابة لاضافتهم التصرف الى ما ليس على ملكهم وانما حكمنا
بعتقه استحسانا لان اعتاق كله مسقط لبدل الكتابة عنه فيمكن ان يجعل اعتاقهم اسقاطا منهم لبدل الكتابة
اذ هو حقهم وقد جرى فيه الارث فصار الكلام عن الالغاء وبراءة عن بدل الكتابة سبب لعتقه كما لو ابراه المولى وكما لو قالوا

معا او اما كان عن بدل الكتابة بخلاف ما اذا اعتق بعضهم لان اعتاق البعض لا يسقط عنه شيئا من بدل الكتابة الا ترى
انه اذا اعتق بعضه المدبر بموت المولى لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة ولا يصير ابراء عن نصيبه لانه لا يحمله
ابراء اقتضاء لصحة اعتاقهم والعتق لا يثبت براءة المعتق واداء البعض لا في بعضه وان في كله فلا يثبت
الابراء لانه اذا لم يثبت المقتضى لا يثبت المقتضي ولو اجاز لثبت الابراء عن الكل لان الكل حق الكل احقه

باب الولاء

اورد كتاب الولاء بعد ذكر المكاتب لظاهر التناسب
لانه من اثار العتاق هو من الولي بمعنى القرب يقال بينهما ولاء اى قرابة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء
لحمة كلحمة النسب اى صلة كوصلة النسب اعلم ان الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة قال الله تعالى
واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اى انعم الله بالاسلام وانعمت عليه بالعتق وسبب هذا الولاء عليه صح
الاعتاق عند الجمهور والصحيح ان سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء
الاعتاق وان من ورث قريبه فعتق كان مولى له ولا اعتاق هنا وولاء الموالاة وسببه العقد الذي يجري بين اسمي الحكم يضاف الى سببه
والمطلوب يكون احدهما الناصر وكان العرب في الجاهلية يتناصرون باشياء منها الحلف والمحالفة فالشرع قرر حكم التناصر
بالولاء بنوعيه حتى قال صلى الله عليه وسلم ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة فانهم كانوا يؤكدون
الموالاة بالحلف والمعنى المذكور وهو التناصر يقتضي التعاقل والولاء وبنى على ذلك حكم الارث لان الارث بولاء العتاقة
اقوى لكونه متفقا عليه فاذا ثبت هذا فنقول كل معتق عبد حرا او لم يدبر او كتابه او استيلاد وملك قريب
يستحق الولاء لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق ولان السابق حصل بالاعتاق فيعلمه وقد احياه حكما
بازالة الرق عنه فيرثه وهذا لان الكفر هو حكما بالنص وهو قوله تعالى أَوَمَنْ كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَاهُ والرق
اثر الكفر ولم يكن مالكا للمال حصل العتق كالميت وقد صار مالكا بالاعتاق والمسبب للاحياء حقيقة بالاولاد
يستحق الارث كالاب كذا السبب للاحيا حكما يستحقه فصار الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم قوله وكذا
المراة معتوق اى كالرجل في استحقاق الولاء لاطلاق ما روينا ولان ابنة حمزة رضي الله عنهما اعتقت عبدا فمات
المعتق وترك بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لبنته ونصفه لبنت حمزة رض قوله لاطلاق
ما ذكرناه ولان سبب الولاء ما حدث قوة المالكية في المعتق فيه يستوي الرجل والمراة والاعتاق بمال
وبغير مال قوله انه سائبة اى معتق لا ولاء بينهما فالشرط باطل الولاء لمن اعتق لانه شرط مخالف
للحديث الذي روينا فيكون باطلا وقد قال الله تعالى مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ فعيل في تاويله
كان الرجل اذا اعتق عبدا قال هو سائبة فلا عقل بينهما ولا ميراث قوله عتق على معتق الام مقصودا
لانه اضاف الاعتاق الى جميع اجزائها والولد جزء منها فيعتق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه لظاهر ما روينا
قوله حوالة ابيه لانه الى اخره والاصل ان العتق متى يقصد لا ينتقل الولاء كما ذكر في المتن ومتى يثبت
بطريق التبعية ينتقل ثم هنا العتق يثبت في الولد تبعا للام لما لم يصير مقصودا بالاعتاق حتى يعتق مقصودا

فاذا اعتقها في العتق تبعها في الولاء ايضا لعدم اهلية الاب فاذا صار الاب اهلا بالاعتاق عاد الولاء
اليه وهذا لان الولاء بمنزلة النسب كما قرر في المتن قوله يصير مراجعا بالسكوت هذا لانه لو حمل وطئه
في العدة يصير مراجعا ولو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعا فلا يصير مراجعا بالسكوت قوله فجاءت
بولد لاقل من ستة اشهر الى اخره كذا ذكره في شرح الطحاوي وعليه يدل التعليل المذكور في المتن وما وقع في بعض نسخ
المتن فجاءت بولد لاكثر من ستتين يكاد يصح والظاهر انه وقع من الكاتب قوله وقال ابو يوسف حكمه حكم ابيه بناء
على ان الولاء كالنسب وهو الى الاباء وان كان زوجها لام اسيرا فلو كانت عربية والاب عجميا الا ترى انه لو كان حرا عربيا
كان الولد منسوبا الى قوم ابيه ولا يكون من الموالي امه فكذا اذا كان عجميا وولاء الموالاة ان كان اضعف من ولاء
العتاقة فهو من جانب الاب جانبه اقوى من جانبها بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لان الرقيق هالك حكما فصار كانه لا اب له
فيكون منسوبا الى موالي الام ضرورة ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاعتاق حتى اعتبرت الكفاءة
فيه والنسب في حق العجم ضعيف لان العجم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب لانه لا يتفاخرهم
ليس بالنسب ولكن يتفاخرهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعد الاسلام بالاسلام والله اسا سلمان رضي الله عنه حين
سئل كذا وولاء الموالاة اضعف ولهذا يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعف لا يبلغ معارضة القوي
بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان نسب العرب قوي معتبر في حكم الكفاءة لان تناصرهم به قوله هو اخوك اي في الدين
قال تعالى فاخوانكم في الدين ومواليكم فان شكرك اى بالمجازاة على ما صنعت اليه فهو خير له لانه اسدى لتقرب اليه
في الشرع قال صلى الله عليه وسلم من لم يشكر الله نعمه فليشكرها وشكرك لانه يصل اليك بعض الجزاء في الدنيا فيتقص تعدده من ثواب
الاخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله لك في الاخرة وشر له لان كفران النعمة مذموم قال صلى الله عليه وسلم
من لم يشكر الناس لم يشكر الله وان مات ولم يترك الا ما كسبت ابنته عصبته وورثت ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام
بنت المعتق لان الباقي بعد نصيب صاحب الفرض للعصبة فعلم بهذا ان المعتق عصبة والعصبة تقدم على ذوي
الارحام وهو المروي عن علي كرم الله وجهه قوله ثم ميراثه للمعتق اي ولمن اي تاويل قوله وان لم يكن له عصبة ثم ميراثه
للمعتق اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي اعلم ان هذه الجملة باولين احدهما معنى قول صاحب
فرض ذو حال اي ذو حال سوى حال الفرض كالاب والجد فان له حالا سوى الفرض وهي العصوبة قوله اما اذا كان فله
الباقي اي اما اذا كان هناك صاحب فرض له حال سوى حال الفرض كالاب له حال العصوبة فللاب الباقي بعد فرضه فلا شيء
للمعتق والثاني وهو الاوجه وهو ان معنى قوله وان لم يكن له عصبة من النسب ثم ميراثه للمعتق اي فكل ميراثه للمعتق
وما وله اي فرض تاويل قوله كل ميراثه للمعتق اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال احد كسبه للمعتق مثلا اما اذا كان
صاحبه ذو حال احد كسبه المعتق فله الباقي اي فللمعتق بعد فرضه اي فرض صاحب الفرض قوله بل العصبة والاصل
فيه ما روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابي وزيد واسامة رضي الله عنهم قالوا الولاء للكبر الموالاة لانه اقوى اذ هو عقد
قابل للنقل بخلاف الموالاة اعلم ان شرائط الموالاة بلغة احداها ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب هو الى غيره

واما نسبه غيره الله مغير بانيع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة وولاء موالاة والثالثة ان لا يكون عربيا واما احكامه
فهي انه اذا جنى الاسفل جناية فعقله على عاقلة المولى الاعلى وان مات الاسفل يرثه الاعلى وان مات الاعلى لا يرثه
الاسفل منه الا اذا شرط من الجانبين ويدخل في هذا العقد اولاده ومن يولد له بعد ذلك فان كبر بعض
الاولاد واراد فسخ العقد لم يكن له ذلك ان عقل عن احدهم الا برضا المولى قبل ان يعقل عنه له الفسخ وليس
كذلك سائر العقود التي يلي الاب على الصغير لانه عقد ضمان لا تثبت هذه الاحكام بمجرد الاسلام بدون
عقد الموالاة قوله قال الشافعي رح الموالاة ليس بشيء اي ليست بسبب الارث اصلا لان الارث متعلق
بالقرابة او الزوجية بالنص او العتق بالحديث ولم يوجد واحد منها ولا اثر لولاء الموالاة لكان ارثه لبيت المال
وكان يصرف قصد به بغير وضع الشرع فلا يصح ولهذا لا يصح على الورثة فكذا على بيت المال لانه بمنزلة الورثة
عند عدمهم ولهذا لا يصح الوصية بكل المال عنده وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال انما يصح في الثلث
ولنا قوله تعالى وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ اي نصيبهم من الميراث والمراد به الموالاة ليس المراد
بقوله عقدت ايمانكم القسم بل المراد الصفقة اذ المعتاد ان المتعاقدين ياخذ كل واحد منهما يمين صاحبه
اذا عاقده وقد سأل تميم الداري رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد رجل ووالاه فقال هو اولى
الناس به محياه ومماته اي يعقل عنه حال الحيوة ويرثه بعد الممات وعن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس
رضي الله عنهم قالوا انا المورث لولاء الموالاة ولم يرو عن غيرهم خلافه لانه متى استغنى عن ماله صرفه الى اقرب
الناس اليه ما احسان والصرف الى بيت المال لا لانه يستحق بل للضرورة لعدم المستحق ولا مستحق هنا وهو اقرب في
الاحسان حتى لو كان له وارث فهو اولى قوله ولا بد من شرط الارث والعقل من الجانبين كان ذكره سوار بان
جرى من الجانبين بخلاف ولاء العتاقة فانه يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى لان سبب الاحياء وجد من الاعلى
في حق الاسفل ولم يوجد من الاسفل في حق الاعلى وهنا السبب هو العقد والشرط فعلى الوجه الذي وجد الشرط ثبت
الحكم قوله وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لان العقد غير لازم كالوصية ثم الوصية يحتمل
الفسخ فكذا هذا ولكن ينفسخ العقد بحضرته لان العقد تم بهما فلا ينفسخ احدهما الا بمحضر من صاحبه كالشركة
والمضاربة والوكالة وكذا الاعلى ان يتبرأ من ولاء الاسفل اذا كان بمحضر منه لان العقد غير لازم من الجانبين فكل
واحد منهما ان ينفرد بفسخه بغير رضا صاحبه بعد ان يكون بمحضر منه كما في عزل الوكيل قصدا وان والى الاسفل رجلا
اخر كان ذلك نقضا للعقد مع الاول وان لم يكن بمحضر منه لان انتقاض العقد في حق الاول ثبت حكما لصحة العقد مع
الثاني فصار كالعزل الحكمي في الوكالة بان اعتق العبد الذي وكل ببيعه قلت فلما جعل صحة العقد مع الثاني موجبا
فسخ العقد الاول قلت لان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذا الولاء
معرضا ان خرج ورته صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول اذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تأكد
بتعلق حق الغير به وحصول المقصود به ولاتصال القضاء ولان لانه لو تحول ابطل الحق عنه باعتبار انه عقد

تبرع صح

تبرع من حيث انه التزام بنصرته وتحمل جنايته فاذا عقل عنه صار كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده بعد تحمل
الجناية جنايته وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لان الاب مع ولده كشخص واحد في حكم الولاء قوله
وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لو يثبت ولاء الموالاة فاما ان يبطل ولاء العتاقة وانه لا يجوز او لا يبطل فانه لا يجوز
ايضا لان ولاء الموالاة ادنى فلا يظهر مع الاقوى الا ترى ان ولاء العتاقة وولاء الموالاة لو كانا في شخص يعدم
ولاء العتاقة في الارث فدل انه لا حكم له مع وجود ولاء العتاقة

كتاب الاكراه

المناسبة بين البابين ان كل واحد منهما من العوارض وقدم الولاء لكونه مندوبا ولان في كل واحد من الموالاة والاكراه
تغير حال المخاطب الاكراه في اللغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر لا يريده ولا يرتضيه والكره بالفتح اسم منه
وفي الشرع اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه ثم يفسد اختياره ان كان ملجئا والا لا ينفسد ولا يزول به
اهلية المكره ولا يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب الا ترى انه متردد بين فرض وحظر
ورخصة ويأثم مرة ويؤجر اخرى فهو اية الخطاب وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا كان او لصا
كما مر في المتن اعلم ان تصرفات المكره كلها قولا منعقدة عندنا الا ان ما يحتمل الفسخ منه كالبيع والاجارة يفسخ وما
لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والاستيلاد والنذر فهو لازم فاذا عرف هذا نقول اذا
اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او على اقرار لرجل الى اخره قوله وعند زفر رحمه الله لا يثبت الملك لان نفاذ البيع
موقوف على الاجازة حتى لو اجاز جاز وفي البيع الفاسد لا يرتفع الفساد بالاجازة فلا يثبت الملك قبل الاجازة وان
اتصل القبض به كما لو باع بشرط الخيار وسلم الى المشتري فانه لا يملكه بالقبض ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب
والقبول صدر من اهله لكونه مكلفا في محل قابل له اذ الكلام فيه والفساد لعدم شرطه وهو التراضي اذا انعدم فوات
شرط الجواز في افساد العقد كما في الربوا فان المساواة في الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا عدمت المساواة يفسد ويثبت
الملك للمشتري بالقبض فهذا مثله فلو قبضه واعتقه او دبره او كاتبه او استولدها فذلك كله عنده ويلزمه القيمة
كما في سائر البيوع الفاسدة بخلاف البيع بشرط الخيار لان شرط الخيار يمنع ابتداء الحكم فلا يمكن القول بثبات الملك
وهنا العقد وقع مطلقا وقضية مطلق العقد ان يثبت الملك الا انه لما كان فاسدا توقف على القبض قوله بانه ينعقد بالاجازة
قلنا النفاذ ما عدا سقوط المفسد وهو عدم الرضا بسبب الاكراه فاذا ارتفع بوجود الرضا نفذ العقد الا ترى انه لو اجاز
بيعا باشره غيره ينفذ ما جاز به فاذا اجاز بيعا باشره بنفسه اولى قوله بخلاف سائر البياعات الفاسدة فانه اذا
اشترى فاسدا باجل او خيار مجهول ثم باع من اخر لم يكن للبائع الاول حق النقض لانه وجب النقض لحق الشرع فاذا اشترى
غيره تعلق به حق المشتري فقد اجتمع حقان حق الشرع وحق العبد فيقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع فاما هنا فالرد
لحق العبد وقد استويا فيه فلا يبطل حق الاول لحق الثاني ولان البيع الثاني ثمة حصل بتسليط البائع الاول وهنا ما حصل
بتسليط المكره قوله ومن جعل البيع الجائز المعتاد ومن البيع الجائز المعتاد يسمى في ديارنا بيع الوفاء
وهو ان يقول البائع للمشتري بعت منك هذا المال على مال الذي لك على الى ان متى قضيت الدين فهو لي ومن مشايخ بخارى من جعله

فاسدا باعتبار شرط الفسخ في البيع يجعله كبيع المكره فيملكه إذا اتصل به قبض المشتري وينقض بيع المشتري من غيره ولأن
الفساد باعتبار فوت الرضا فصار كبيع المكره **قوله** من جعله رهنا كبعض الإسلام عطا بن حمزة وغيره رحمهم الله باعتبار
أن غرض المتعاقدين الرهن دون البيع الاستيثاق بالدين ولهذا يقول البائع لكل من يلقاه قد رهنت ملكي عند فلان والمشتري
يقول قد ارتهنت ملك فلان والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني بدليل الكفالة بشرط البراءة
والحوالة بشرط المطالبة يقول بأنه لا يملكه ولا يباح له الانتفاع به إلا بإذن المالك ويكون مضمونا من إليه الأكل من ثمره
واستهلك من عينه والدين يسقط بهلاكه في يده ويسترد وفاء بالدين ومن جعله باطلا اعتبره بالهازل ومشايخ
سمرقند جعلوا بيعا جائزا مفيدا بعض الأحكام وهو الانتفاع دون البعض وهو البيع لحاجة الناس إليه
والصحيح أن العقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر إن ذكرا شرط الفسخ في البيع
فسد البيع وإن لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا
البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وإن ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على وجه المعتاد جاز البيع ويلزم
الوفاء بالمعتاد لأن المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا المعتاد لازما لحاجة الناس **قوله** موهوبة فيه حيث
يكون باطلا فالحاصل أن الإكراه على الهبة يكون إكراها على الدفع والإكراه على البيع لا يكون إكراها على التسليم لأن
مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد والأصل في البيع أن يتعلق الاستحقاق به من غير قبض
فلم يكن الإكراه على البيع إكراها على الإقباض فكان الدفع عن اختيار منه وذلك دليل الإجازة أما الهبة في أصل الوضع
فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض فكان الإكراه على الهبة إكراها على الدفع نظرا إلى مقصود المكره وهو حمله
على شيء يتعلق به الاستحقاق وهو إزالة الملك ليتضرر به لا صورة العقد **قوله** وإن قبضه مكرها فليس بإجازة وعليه
رد الثمن إن كان قائما في يده لفساد العقد بالإكراه وإن كان هالكا لا يؤخذ منه شيء لأن الثمن كان أمانة عند المكره لأنه بإذن
المشتري في القبض حتى كان بإذن المالك فإنما يجب الضمان إذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه للتملك لأنه كان مكرها على
قبضه وكان أمانة **قوله** وللمكره أن يضمن المكره إن شاء بناء على أن المكره فيما يرجع إلى الإتلاف إن لم يكن آلة حيث امتنع
كلام لأن التكلم بلسان الغير لا يصح فكان المكره دفع مال المكره إلى المشتري فيضمن المكره أيهما شاء كالغاصب وغاصب
الغاصب فالمكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب فإن ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لأنه قام مقام البائع بأداء
الضمان لأن المضمون يصير ملكا للضامن من وقت سبب الضمان وإن ضمن أحد المشترين نفذ ما بعده من العقود نفذ كل شراء
كان بعد شرائه لأنه ملكه بأداء الضمان فظهر أنه باع ملك نفسه ولا ينفذ ما كان قبله بناء على استناد ملك المشتري إلى
وقت قبضه بخلاف ما لو أجاز المالك المكره عقدا منها فإنه ينفذ ما قبله وما بعده لأن المانع من النفاذ حقه وقد
أسقط حقه فيعود الكل جائزا بخلاف ما لو أجاز المالك في بيع الفضولي أحد الأشرية حيث يجوز ما أجازه خاصة
لأنه باع كل أحد منهم ملك غيره وقد صار لواحد منهم ملك بات بالإجازة فأبطل الملك الموقوف لغيره وهنا كل واحد
باع ملكه إذ بيع المكره مفيد للملك عند القبض والمانع من نفوذ الملك حق المالك فإذا أسقط حقه نفذ الكل

فصل لما ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الإكراه في حقوق الله تعالى وإنما قدم حقوق
العباد لحاجة وكثرة الوقوع أيضا **قوله** ساغ له ذلك في هذا لأن حرمة هذه الأشياء بالسمع وهي مقيدة
بحالة الاختيار فإن الله تعالى استثنى حالة الضرورة من التحريم بقوله ﴿إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ والكلام المقيد بالاستثناء
يكون عبارة عما وراء المستثنى فظهر أن التحريم مخصوص بحالة الاختيار وقد تحققت الضرورة هنا لخوف التلف
على نفسه بسبب الإكراه فالتحقت هذه الأشياء في هذه الحالة بسائر الأطعمة والأشربة فكان في سعة من تناولها
قوله وعن أبي يوسف لا يأثم وكذا فيما أصابته مخمصة فلم يتناول الميتة حتى مات في ظاهر الرواية يكون آثما
وعن أبي يوسف لا يأثم فالأصل عنده أن الإثم ينتفي عن المضطر ولا ينكشف الحرمة بالضرورة قال تعالى ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ
غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ وقال ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ وهذا لأن
الحرمة لصفة فيها أنها ميتة أو خمر والضرورة لا تزيل ذلك فإذا امتنع كان امتناعه من تناول الحرام فلا يأثم
لأنه تمسك بالعزيمة وجه ظاهر الرواية أن الحرمة لا تتناول حالة الضرورة لأنه مستثناة بقوله تعالى ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ
مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ فإما أن يقال يصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى وقد كان مباحا قبل
التحريم فبقي على ما كان في حالة الضرورة ويقال الاستثناء من التحريم إباحة فدل أن الإباحة في حالة الضرورة
لم تكن رخصة فكان امتناعه من التناول حتى تلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلف فيأثم إلا أنه إنما
يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة لأن في انكشاف الحرمة خفاء لمكان الاجتهاد فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب
في أول الإسلام أو في دار الحرب **قوله** لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه قال المشركين أخذوه ولم يتركوه حتى سب
النبي صلى الله عليه وسلم وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما خلفك قال شر ما
تركوني حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بالخير فقال كيف وجدت قلبك قال أجده مطمئنا بالإيمان قال صلعم فإن عادوا فعد
أي فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان وما قيل معناه فعد إلى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير فغلط فإنه لا يظن برسول الله
أنه يأمر أحدا بالتكلم بكلمة الشرك وفيه نزل قوله تعالى ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ ولأن حرمة الكفر لا يحتمل
السقوط وفي هتك الظاهر مع قرار القلب صيانة لنفسه دون القتل لأن ذلك هتك صورة وهذا هتك
صورة ومعنى فوجبت الرخصة وبقي الكفر لبقاء الحرمة بنفسها لما في الكفر **قوله** لأن خبيبا
وقصته أن المشركين أخذوه وباعوه من أهل مكة فجعلوا يعاقبونه على أن يذكر آلهتهم بخير ويسب محمدا صلعم
وهو يسب آلهتهم ويذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير حتى قتلوه فإن قلت لما استثنى حالة الضرورة
في الميتة استثنى حالة الإكراه هنا قلت ثمة استثنى عن الحرمة فكان إباحة فلم يكن رخصة وههنا من الغضب
معنى الغضب المستثنى والملزوم من انتفائه انتفاء الحرمة فكان رخصة وذكر في الكشاف من كفر بالله
شرط مبتدأ وحذف جوابه لأن جواب من شرح دال عليه كأنه قيل من كفر بالله فعليهم غضب إلا من أكره ولكن
من شرح بالكفر صدرا أي طاب به نفسا واعتقده فعليهم غضب من الله **قوله** وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر

يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه رخص له ذلك لان حرمة النفس فوق حرمة المال فاستقام ان يجعل وقاية له ولكن اصل مال الغير واتلافه ظلم وعصمته صاحبه فيه باقية فبقي حراما في نفسه لقيام دليله فالرخصة ما يستباح بعذر مع قيام المحرم فاذا صبر حتى قتل يعد بذل نفسه لدفع الظلم ولاقامة حق محرم فصار شهيدا قوله لان قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما وهذا لانه ليس للرخصة خوف التلف مع المكره والمكره عليه في ذلك سواء فيسقط الكره في حق ساواه لان دم المكره عليه للتعارض قوله القصاص على المكره بكسر الراء وهو الآمر ان كان عمدا بان اكره على القتل بآلة جارحة سواء كان الآمر عاقلا بالغا او معتوها او طفلا او غير بالغ فالقود على الآمر قوله وقال زفر رحمه الله يعزر بما قاله ان القصاص يجب على القاتل العاقل وهو المكره حقيقة لان القتل فعل محسوس وهو قد تحقق من المكره والعيان يشهد بهذا ومن انكر فقد انكر الحس فاذا تحقق منه الفعل يؤاخذ بفعله الا اذا اسقط حكم فعله واضيف الى غيره شرعا كما في الاكراه على اتلاف مال الغير فانه يسقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وههنا لم يسقط حكم فعله بل قرر الشرع حكمه عليه بدليل انه يأثم اثم القتل واثم القتل على من باشر القتل وقال الشافعي رحمه الله يجب عليهما اما على المكره فلما قاله زفر رح واما على المكره فلحصول التسبب الى القتل منه حيث حرضه بحيث كان حاملا له على القتل والتسبب التام ينزل منزلة المباشرة في حق وجوب القصاص عنده ولهذا حكم بوجوب القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا وهذا لان القصاص شرع لحكمة الزجر والردع والتسلط على القتل بالاكراه من المتغلبة والاكابر فلو لم يوجب القصاص لانسد بابه في موضع يكون الحاجة الى احيائه لصيانة الدم وقال ابو يوسف رح لا يجب القصاص على واحد منهما لان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه حتى اثم اثم القتل واضيف الى المكره من وجه حيث انه حمل المكره عليه وصار مدفوعا الى القتل بموجب طبعه ولان المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس فتمكنت الشبهة في الجانبين فلا يجب القصاص قوله ولهما ان المكره ملجأ الى هذا الفعل فيصير الملجى آلة فيما يصلح ان يكون آلة له فلا يلزمه الا ما ليس من الضمان كما في اتلاف المال فان الضمان يجب على المكره ويصير المكره آلة حتى لا يكون عليه شيء من حكم الاتلاف والمكره يصلح ان يكون آلة للمكره في القتل لانه يأخذه مع السيف فيقتل به غيره وتفسير الالجاء انه صار محمولا على ذلك الفعل بالتهديد بالقتل لانه جبل على حب حياة نفسه وايثارها على حياة غيره فيفسد اختياره فيلحق بالآلة التي لا اختيار لها فينتسب الفعل الى من افسد اختياره وحمله على هذا الفعل لانه آلة له فلا يكون على المكره قصاص ولا دية ولا كفارة الا ترى الى قوله تعالى يُذَبِّحُ أَبْنَاءَهُمْ فقد نسب الفعل الى اللعين وهو ما كان يباشره صورة ولكنه كان يأمر به وامره اكراه ولا يصلح ان يكون آلة في حق الاثم لان القتل حيث انه يوجب الاثم جنايته على دين القاتل لانه انما اكرهه ليجني على دينه ولو اضيف اليه لصار جنايته على دين المكره وفيه بطلان الاكراه فبقي الفعل من حيث كونه جناية على الدين مقصورا على المكره وحيث الاتلاف يضاف الى المكره لانه يصلح آلة فيه كما في الاكراه على الاعتاق فيستقل

الفعل الى المكره من حيث الاتلاف حتى يجب الضمان على المكره قوله من حيث الاعتاق بقي مقصورا على المكره حتى يكون الولاء له وصار كما لو اكره مجوسيا على ذبح شاة الغير فانه يصير آلة له من حيث الاتلاف لم يصر آلة من حيث الذكاة حتى لا يحل تناوله فان قيل لو كان المكره الآمر بمنزلة المباشر في العمل والمكره المأمور آلة له يوجب ان يجب القصاص على الآمر فيما اذا كان صبيا او معتوها لان انتقال فعل المكره اليه لا يكون اقوى من مباشرته بنفسه وانه لا يوجب القصاص لما عرف في موضعه قلت لما انتقل فعل المأمور الى الآمر المكره انتقل فعل المأمور الى الآمر المكره انتقل مع وصفه من العقل والبلوغ فصار ذلك بمنزلة جنايته الآمر بنفسه بيد المأمور في احكام القتل فكذا لم يعتبر عقل الآمر وبلوغه بخلاف ما اذا باشر الصبي القتل بنفسه لانه لا واسطة هنا احد يوصف بالعقل والبلوغ ليستقل فعله اليه بذلك الوصف وكان ذلك فعلا حاصلا من الصبي لا غير ولا اعتبار لعمد الصبي في القتل في ايجاب القصاص قوله ولم يوجد واحد منهما الا الحق بعد في حجه ماله ولا حق لاحد في ماله بخلاف المريض اذا اعتق عبده وعليه دين لان السعاية تجب ثمة لحق الغرماء وبخلاف الراهن اذا اعتق المرهون وهو معسر فانه تجب السعاية لحق المرتهن ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لان الضمان وجب عليه باتلافه فلا يرجع على غيره قوله جاز استحسانا والقياس ان لا تصح الوكالة مع الاكراه لان الاصل ان كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الاكراه وما لا يؤثر فيه الاكراه لانهما يعتمدان الرضا والوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يوجب فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها ليس الا اسقاطات اذ الموكل يسقط حقه بالتفويض اليه فاذا لم يبطل ينفذ تصرف الوكيل قوله فعل الوكيل جاز استحسانا والقياس ان لا يرجع عليه لان الاكراه وقع على الوكيل وزوال المانع لا بسببه اذ الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا انضاف به اتلافه اليه كما اذا شهد شاهد ان فلانا وكل بعتق عبده فاعتقه الوكيل ثم رجعا فانهما لا يضمنان وجه الاستحسان ان غرض المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لا يوجد منه الاكراه قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه حتى لو اكره بوعيد تلف على ان يوجب على نفسه صدقة او صوما او حجا او شيئا يتقرب به الى الله تعالى ففعل لزمه ذلك وكذا لو اكرهه على يمين شيء منع لك لان النذر مما لا يلحقه الفسخ لانه يمين لقوله صلى الله عليه وسلم النذر يمين وهي مما لا يحتمل الفسخ وما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالاعتاق وهذا لان اثر الاكراه في فوات الرضا واثره في عدم اللزوم واثره في ثبوت حق الفسخ وما لا يحتمل الفسخ لا يتأتى فيه الاكراه ولا يرجع على المكره بما يلزمه من ذلك لانه اوجب عليه حكما لا يطالب به في الآخرة ولا يظهر اثره في الدنيا من حيث الاكراه فلو وجب عليه الضمان لاخذه الحاكم وحبسه فيه فيكون زائدا على ما اوجبه وهذا لا يجوز وكذا لو اكرهه على ان يظاهر من امرأته كان مظاهرا ولا يقربها حتى يكفر لان الظهار من اسباب التحريم كالطلاق يستوي فيه الهزل والجد والاكراه والطوع وكذا الرجعة لانه استدامة للنكاح فكانت ملحقة به قوله والايلاء اي لو اكرهه بوعيد تلف حتى آلى

من امراته فهو مولى لانه يمنعه في الحال الطلاق في المآل والاكراه لا يمنع كل واحد منهما قوله وقالا لا يلزمه الحد وهو مرب
في الحدود قوله يتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو نوى ان يكفر يصير كافرا وان لم يتكلم به والاكراه دال على
عدم تغير الاعتقاد فلم يحكم بالردة فلم تبن امراته منه قوله فالقول له استحسانا وهذا لانه منكر للفرقة
قوله بخلاف الاكراه على الاسلام يعني لو اكره الكافر على الاسلام فانه يصير مسلما لانه وجد احد الركنين وفي
الثاني احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا فاما الردة فتعتمد محض الاعتقاد وقد وقع الشك في اعتقاد الكفر
فلا يثبت بالشك احتياطا فرجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى قوله ولو قال الذي اكره على اجراء
كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض كذبا ولم اكن فعلت ذلك فيما مضى بانت منه امراته حكما ولم تبن فيما بينه وبين الله تعالى
انه اخبر انه اتى بغير ما اكره عليه فصار في ذلك طائعا ومن اقر بالكفر فيما مضى طائعا ثم قال عنيت به كذبا لا يصدق في
القضاء لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله لانه نوى ما يحتمله لفظه كذا هنا وهذا معنى قوله وحكم
هذا الطائع ما ذكرناه قوله ولو قال اردت ما طلب مني ولم يخطر ببالي الاخبار عما مضى ما اردت به الخبر
اردت به الانشاء كما طلب مني فقد اقر بالكفر حقيقة لانه بعد ما خطر هذا بباله يحصل يمكن من الخروج عما ابتلي به
فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كان بمنزلة من اجرى كلمة الكفر طائعا فتبين امراته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى
قوله علم كنفسه مخلصا يعني يمكن التخلص عما اكره عليه بان يأتي بما اكره عليه وهو الاخبار عن الكفر في الماضي كاذبا
دون الانشاء لان الانشاء كفر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى والاخبار عن الكفر كاذبا في الماضي كفر في القضاء
واما فيما بينه وبين الله تعالى فليس بكفر ومتى امكن للمكره دفع ما اكره عليه باقل مما اكره فاتى بالزيادة يجعل
طائعا في الزيادة لانه لا حاجة له الى الزيادة فقد انشأ كفرا طائعا فيحكم بكفره في القضاء وفيما بينه وبين الله
قوله اكرهه على الصلوة للصليب اي السجدة لهذا الصليب وسب محمد صلى الله عليه وسلم ففعل وقال خطر
ببالي الصلوة وسب رجل اخر وقال نويت به ذلك بانت منكوحته في الحكم ولم تبن فيما بينه وبين الله لانه لما قال نويت
به الصلوة لله تعالى فقد اقر ان ما وجد منه لم يكن هو مكرها فيه ولا الاكراه واقعا عليه فصار بمنزلة ما اذا صلى
بين يدي الصليب بدون الاكراه من احد وقال عنيت الصلوة لله يصدق ديانة لا قضاء كذا هنا وقال في المبسوط
وهذه المسئلة تدل على ان السجود لغير الله على جهة التعظيم كفر اذا لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب وسب
محمدا صلى الله عليه وسلم وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن امراته لا قضاء ولا ديانة لانه فعل مكرها لانه تعين ما اكره
عليه ولم يمكنه دفعه عن نفسه اذا لم يخطر بباله غيره قوله وخطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي عليه
السلام الى اخره لانه امكنه دفع ما اكره عليه عن نفسه فان المكره اذا ابتلي بهم الى ذلك ان يشتم محمدا صلى الله عليه وسلم ولم يخطر
بباله شيء لم تبن منه امراته فان خطر بباله رجل من النصارى يقال له محمد فانه يشتم محمدا ويريد به ذلك الرجل
فلا تبين منه امراته فان ترك ما خطر بباله وقد وجد مخرجا عما ابتلي به فاذا لم يفعل كان كافرا فان شتم النبي عليه
في غير موضع الضرورة كفر وكراهته بقلبه لا ينفعه شيئا

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في ذلك منهما سلبا للولاية المجازية عن الجري على موجب اختياره الا ان الاكراه اقوى باعتبار
في سلب الولاية لانه يرد على الاختيار الصحيح والرأي الكامل بخلاف الحجر فكان هو احق بالتقديم قوله الحجر في
اللغة المنع ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنعه عن القبائح قال تعالى هل في ذلك
قسم لذي حجر اي لذي عقل وفي الشرع منع عن التصرف قوله الصغر والرق والجنون فان الله خلق الورى وهم
بينهم في الحجى فجعل بعضهم ذوي النهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب
الردى كالحيوان وعديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل والصبي اعلم ان الحجر ثابت بالكتاب والسنة واجماع
الامة اما الكتاب فقوله تعالى وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا
إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ منع الله تعالى من دفع المال الا بعد البلوغ وايناس الرشد وهذا الشرط مفقود في الصغير
والمجنون واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى
يفيق وظاهره يقتضي ان لا يكون لتصرفهما حكم واما الاجماع فظاهر فنقول لا يصح تصرف صبي الا باذن وليه لعدم
عقله او لنقصانه اذا صار مميزا غير انه باذن الولي ينجبر النقصان فالتحق بالبالغ ولا تصرف عبد الا باذن
سيده رعاية لحق سيده كيلا تتعطل منافع مملوكه ولا يملك رقبته بتعلق الدين به لان رقبته ملك المولى لكنه
اذا اذن في التصرف جاز لانه رضي بفوات حقه ولا تصرف المجنون المغلوب بحال لان الذي لا يعقل اصلا العقد
ان الاهلية له انما العقل المميز بخلاف العبد فانه اهل في نفسه وانما المنع لحق المولى بخلاف الصبي فانه
يسقط اهليته فلهذا ينعقد تصرفهما باذن المولى والولي وتصرف المجنون المغلوب لا ينعقد اصلا لانه عديم العقل فلا
يهتدي الى الاضافة عادة قوله ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى والمراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون
الذي يجن ويفيق وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره وهو من يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة
على المفسدة لا الذي ذهب عقله فان تصرفه لا يصح وان لحقه الاجازة لعدم الانعقاد وقوله يعقل البيع اي
يعرف ان البيع جالب للثمن سالب للمبيع والشراء بعكسه وقوله ويقصده اي يقصد اثبات حكمه وفيه احتراز
عن الهازل فانه لا يقصد حكمه وهذا لان التوقف في تصرف العبد لحق المولى وفي الصبي والمجنون لحقهما فتحرى
المصلحة في تصرف هؤلاء ولا يبطل بعقل البيع لتحصيل الثمن ينعقد موقوفا على الاجازة فان قلت
التوقف يستقيم في البيع اما الشراء فلا يتوقف بل ينفذ على المباشر فان الشراء اذا وجد نفاذا على المباشر
ينفذ كالفضولي اذا اشترى مال انسان لآخر فانه ينفذ عليه ولا يتوقف اما اذا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية
كما في الصبي والمجنون او لضرر المولى كما في العبد يتوقف وهذا لان الشراء يلزم العاقد ثم ينتقل حكمه الى الآخر
اذا وجد الامر الا ترى ان الوكيل بالشراء يصير كالمملك من موكله فاذا كان بغير امر ينفذ على العاقد ولا ينتقل
الى الغير قوله لوجودها حسا ومشاهدة فانه اذا قتل انسانا او قطع يده او اراق شيئا لا يمكن ان يجعل
القتل والقطع والاراقة كالعدم لانه يؤدي الى ان لا يكون المقتول مقتولا والمقطوع مقطوعا

وهو حجر في السفسطائية وانكار الحقائق بخلاف الاقوال فان اعتبارها بالشرع اما الانشاءات فظاهر اذ
التطليق والاعتاق والبيع والهبة ونحوها لا يوثر في المحل حسا وانما صار المحل محرما ومحررا ومملوكا بالشرع
واما الاخبارات كالاقارير والشهادات فموجبها عرفت بالشرع لانها دلالات على المخبر عنه ويجوز ان يقع
دلالة لانها تحتمل الصدق والكذب بذاتها ولان القصد شرط اعتبار القول اذ الكلام المعتبر ما يكون موجودا
بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالقصد ولا يكون الا بالعقل ولا عقل للصبي والمجنون فلا يكون
لهما قصد او اعتبار العقل لا يتوقف على القصد والنائم اذا انقلب على انسان فاتلفه يضمن وان عدم القصد الا
اذا كان فعلا يتعلق به حكم يسقط بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي
والمجنون حتى لا يجب عليهما الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص في القتل قوله ولا يقع
طلاقهما ولا اعتاقهما الى اخره اعلم ان هذين التصرفين لا يتوقفان على اجازة الولي لا يستفادان بمباشرة الولي لانهما
من المضار ولا يتوهلان ولا وقوف للولي على مصلحته في الطلاق لان ذا يعتمد العلم بتباين اخلاقهما وتنافر
طباعهما اذا بلغ الصغير حد الشهوة ولا علم للولي بذلك بخلاف سائر العقود لامكان الوقوف على المصلحة قوله
فاما العبد في اقراره في حق نفسه لقيام اهليته لكونه مكلفا غير نافذ في حق سيده وهذا لان نفاذه في حقه
لا يخلو عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكلاهما للسيد فلا يستحق باقراره لان اقرار الانسان لا يقبل على غيره
الا بولاية ولا ولاية للعبد على المولى قوله لانه بقي على اصل الحرية في حق الحد والقصاص لانهما من خواص
الانسانية وهو ليس بمملوك من حيث انه ادمي اذا كان مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه
بهما واذا بقي على اصل الحرية فيهما نفذ اقراره فيهما لانه اقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني فان قلت قوله
لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلت لما بقي على اصل الحرية
فيهما يكون هذا اقرار الحر لا اقرار العبد ولان قوله تعالى بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ يقتضي ان يصح ولا يقال
انه خص عنه الاقرار بالمال لان النص لم يتناوله اذ اقراره بالمال اقرار في حق الغير والنص يتناول الاقرار على نفسه
فان قلت يحمل النص على الحر دفعا للتعارض قلت يحمل الامر على غير هذه الصورة دفعا للتعارض قوله ولانه
عارف وجه المصلحة فيه فكان اهلا ولانه يختص بالانسانية وكان كالحر فيه

باب الحجر للفساد

لما ذكر الحجر بسبب الصغر والرق والجنون شرع في بيان الحجر بسبب الفساد لكونه لهو وقدم الاول لان الصغر
والرق والجنون من العوارض السماوية وهي مقدمة على العوارض المكتسبة ولان الاول متفق عليه والثاني مختلف
فيه ثم اعلم ان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على قول ابي حنيفة رضي الله عنه
فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه قوله قال ابو حنيفة رح لا يحجر الى اخره اعلم ان الحجر عند ابي حنيفة على الحر
العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والفسق والغفلة وعندهما يجوز لغير الفسق وعند الشافعي رح
يجوز في الكل ثم انما يصح الحجر عندهما في تصرفات لا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والهبة والصدقة

وما يحتمل الفسخ وكل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والنكاح لا يجوز الحجر فيه اجماعا وكذا الاسباب الموجبة
للعقوبة كالحدود والقصاص والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى
والسفيه من عادته التبذير والاسراف في النفقة وان يتصرف تصرفات لا لغرض او لغرض لا يعده العقلاء
من اهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغنين واللعابين وشراء الحمامة الطيارة بثمن غال والغبن في التجارات من
واصل المسامحة في التصرفات والبر والاحسان مشروع الا ان الاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب
وقال الله تعالى وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا واما الكلام في الحجر على السفيه والمنع عن التصرف
في ماله فله انه مبذر ماله بصرفه لا على وجه يقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظرا له لدينه لا لسفهه
كالصبي بل اولى لان الصبي انما حجر عليه لتوهم التبذير منه وههنا قد تحقق التبذير واعتبر به بمنع المال فان
منع المال عنه بطريق النظر له فكذا الحجر عن التصرف وهذا لان منع المال غير مقصود لعينه بل لابقاء ملكه
ولا يحصل هذا المقصود متى بقي مطلق التصرف لانه يقربه لخيره ويبيعه بغبن فاحش ويامر الولي بالتسليم
اليه لتقريره ما قال ابو حنيفة رضي الله عنه انه حر مخاطب فكان مطلق التصرف في ماله كالرشيد وهذا لان الحرية
امارة المالكية والخطاب امارة القدرة على التصرفات لانه دليل اعتبار عقله ومقود لسبيل القدرة على التصرفات
فانه كلام ملزم واعتبار الكلام بالتمييز واللزوم بالخطاب وفي ابطال كلامه اهدار ادميته والحاقه بالجمادات
والبهائم فلا يكون فيه تطويل الضرر فانه اعظم من ضرر التبذير لان الانسان انما باين سائر الحيوانات باعتبار قوله
في التصرفات ولا يحتمل الاعلى لدفع الادنى بل يدفع الاعلى بالادنى حتى روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يجوز
الحجر على المفتي الماجن الذي يعلم الناس الحيل والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس لان فيه دفع ضرر العام
فالمفتي الماجن يفسد على الناس دينهم والمتطبب الجاهل يفسد ابدانهم والمكاري المفلس يتلف اموالهم
فانه اذا ما اخذ دابته في الطريق وليس له اخرى لا يمكنه شراء اخرى ولا الاستئجار فيؤدي الى اتلاف اموال
الناس فيدفع الاعلى بالادنى وفي الاعتبار بمنع المال باطل لانه ليس غير معقول المعنى لان منع المال عن مالكه والملك
هو المطلق الحاجز فمنع المالك عن التصرف فيه وتجويز تصرف غيره فيه غير معقول لانه عقوبة شرعت زجرا له
عن التبذير فلا يحتمل المقايسة ولان اليد للادمي على المال نعمة زائدة والاطلاق اللساني في التصرفات نعمة
اصلية فلا تقاس بطلان الاعلى بالمعنى على ادناهما وكذلك الصبي لانه لما كان عاجزا عن النظر لنفسه احتجنا
الى صيرورة الغير وليا له فصار موليا عليه ضرورة والمولى عليه لا يلي التصرف والسفيه قادر على النظر
لنفسه بكمال عقله وان كان يحيد عن سنن العقل بهواه قوله لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء حتى يقال
صح في فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه لان القضاء لا بد له من مقضي له ومقضي عليه لانه لقطع المنازعة
فلا بد من منازعة حتى يقطع ببعض مجتهد فيه كما كان ولانه لم يوجد هذا القضاء ما لم يكن بانحلال نفي
ما كان على ما كان وهذا حد الفتوى وبه لا يصير المختلف فيه متفقا عليه قوله ولو كان قضاء فنفس الحجر

على السفيه مجتهد فيه فانه باطل عند ابي حنيفة رضي الله عنه ونفس القضاء مجتهد فيه فيتوقف على الامضاء
غيره في كتاب القضاء قوله ولا ينقض بعد ذلك يعني القاضي اذا قضى بجواز بيع ام الولد والمدبر
قبل وجود الخصومة فذلك لا يصير متفقا عليه لانه فتوى وبعد الخصومة صار متفقا عليه قوله والا
لم يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس رشده لقوله تعالى فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ امر بدفع
المال اليهم عند ايناس الرشد فلا يجوز تصرفه فيه قبله لان المعلق بالشرط عدم قبل وجوده ولان منع المال قبله
لعلة السفه فيبقى ببقاء العلة ويزول بزوال العلة اذ الحكم يقوم بقيام العلة ويزول بزوالها لا للزمان ولابي حنيفة
قوله تعالى وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ والمراد به بعد البلوغ فهو نص على وجوب دفع المال بعد البلوغ الا انه منع
عنه ماله قبل خمس وعشرين بالاجماع ولا اجماع هنا فيجب دفع المال بالنص والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند
العدم عندنا على ان الشرط رشد نكرة في موضع الاثبات فيراد به الفرد الخاص وقد اونس منه نوع رشد حيث
كان يصلح ماله بتناوله النكرة المطلقة فاذا صار الشرط في حكم الوجود بوجه وجب جزاؤه واول احوال البلوغ
قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر الصبي وبقاء اثره كبقاء عينه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق اثر
الصبي وحدث ضرب من الرشد لا محالة لانه حال كمال لبه فقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال ينتهي لب الرجل اذا
بلغ خمسا وعشرين سنة وقال اهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده الا ترى انه يصير جدا صحيحا
في هذا السن لان ادنى ما يحتلم الانسان اثنى عشر سنة ولهذا قال ابو حنيفة رضي الله عنه لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها
لم يمنع منه المال لان هذا ليس باثر الصبي فلا يعتبر في منع المال عنه ولان منع المال عنه على سبيل التاديب والاشتغال
بالتاديب عند رجاء التاديب فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة فقد انقطع رجاء التاديب فلا معنى لمنع المال عنه بعده
قوله لانه يبلغ محجورا عنده بناء على ان علة الحجر السفه وهو متحقق في الحال فيترتب عليه موجبه بدون حجر القاضي
كالصبي والمجنون وقال ابو يوسف رحمه الله السفه علة استحقاق الحجر لا علة الحجر فيستحق به الحجر والحجر
لا يكون الا بحجر القاضي عليه وهذا لان الحجر عليه متردد بين الضرر والنظر وفي ابقاء الملك له نظر وفي اهدار قوله
ضرر فلا بد من القضاء ليترجح احد الجانبين على الاخر قوله وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي رح
لا ينفذ وهذا الاختلاف بناء على كيفية الحجر عندهما المحجور عليه بسبب السفه في التصرفات كالهازل فان الهازل يخرج
كلامه على غير نهج كلام العقلاء لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في عقله وكذا السفيه
يخرج كلامه في التصرفات على غير نهج العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله وكل تصرف لا يؤثر فيه
الهزل لا يؤثر فيه السفه وكل تصرف يؤثر فيه الهزل ويحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ منه
وعند الشافعي رح الحجر بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شيء من تصرفه سوى الطلاق كما ان الرقيق لا ينفذ شيء
من تصرفاته سوى الطلاق والعتاق لا ينفذ من الرقيق فكذا من السفيه قوله ونظيره اذا ادعى المريض ولد جاريته
اي المريض اذا قال لامته وليس معها ولد هذه ام ولدي وهذا لانه اذا كان معها ولد فيثبت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في

لها في ابطال حق الغير فكذلك في دفع حكم الحجر عن تصرفه ما اذا لم يكن معها ولد فانه لا شاهد لها هنا فاقراره لها
بحق العتق بمنزلة اقراره بحقيقة الحرية فلا يقدر على بيعها بعد ذلك وتسعى في قيمتها بعد موته كما لو اعتقها
قوله وان مرض واوصى الى آخره اعلم ان تنفيذ الوصية بعد الموت لا يتفاوت بين ان يكون الوصية
حالة المرض او حالة الصحة والذي بلغ سفيها اذا اوصى بوصايا فالقياس فيه انها باطلة بمنزلة تبرعاته
في حياته ولكن يستحسن ما وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى وما يكون على غير وجه الفسق من الوصية
للقرب مثل الصدقة للفقراء والمساكين وفي ابواب الخير مثل بناء المساجد والخانات والقناطر وكل ما لا
يستقبحه المسلمون انه ينفذ ذلك كله من ثلث ماله لان الحجر عليه بمعنى النظر كيلا يتلف ماله ويبقى كلا على
الناس وذا فيما يعني جميع ماله في حياته لا فيما ينفذ من الثلث بعد مماته وهذا لان ما يحتاج بعد موته
وبعد ما وقع الاستغناء عن المال في ما ذكرناه فاذا حصلت وصاياه على وجه يكون سببا للثواب الجزيل في الاخرة
او اكتساب الثناء الحسن بعد موته كان النظر في تنفيذها ثم اعلم ان الذي بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ
سواء عندنا الا في مواضع احدها انه يجوز للاب ووصي الاب ان يتصرف على الصغير بالشراء له ماله وبيع
ولا يجوز ذلك على البالغ السفيه الا بامر الحاكم والثاني انه يجوز نكاحه ولا يجوز للصبي العاقل والثالث
انه يجوز طلاقه وعتاقه بخلاف الصبي كذا يجوز تدبيره دون تدبير الصبي قوله وقال الشافعي يحجر عليه
رحمه الله بناء على ان الحجر على السفيه بطريق الزجر والعقوبة عنده والفاسق مستحق للعقوبة ولهذا لم يجعل
الفاسق اهلا للولاية والشهادة وعندهما بطريق النظر صيانة لماله ولا نظر هنا لان فيه ابطال آدميته
والحاقه بالبهائم مع الصيانة لماله والفاسق عندنا اهل للولاية والامامة والقضاء فيكون اهلا للتصرف
في ماله ضرورة وقد علق الدفع بايناس رشد واحد لانه نكرة في الاثبات والرشد في المال مراد فلا يكون الرشد
في الدين مرادا لانه حينئذ يكون تحلية الرشدين قوله بسبب الغفلة اعلم ان الحجر بسبب الغفلة وهو ان لا يكون
مفسدا ولكنه سليم القلب لا يهتدي الى التصرفات الرابحة ويخدع في التجارات ولا يصبر عنها فان القاضي
يحجر على هذا المغفل عندهما وهو قول الشافعي لمشاركته السفيه في اتلاف المال فيحجر نظرا له

فصل في حد البلوغ

لما كان احد اسباب الحجر الصغر لم يكن بد من بيان انتهاء حد الصغر قوله وعنه في الغلام
اي عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الغلام تسعة عشر وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشر ويتم له ثمانية عشر
فلا يكون فيه اختلاف الرواية قوله فلهم العادة الفاشية اي العادة الغالبة ان العلامات تظهر في هذه
المدة فجعلنا المدة علامة في حق من لم يظهر له العلامة وهذا اذا لم يوجد علامات البلوغ نحو الاحبال والاحتلام والانزال
في الغلام او الحيض والاحتلام والحبل في الجارية فان وجدت احدى هذه العلامات يحكم بالبلوغ والاصل في البلوغ
يكون بالانزال حقيقة ولكن الحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال كذا الحيض لا ممن يحبل وذا لا يكون بعد الانزال فجعل
كل واحد علما على البلوغ وهذا لان البلوغ عبارة عن بلوغ الانسان كمال الحال وذلك بكمال القوة حتى انه يسبك

والآلات باستعمال الجوارح وارتفاع الموانع وذلك لا يتحقق على الكمال إلا عند الاحتلام **قوله** وله ولأبي حنيفة
قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ وأشد الصبي ثماني عشرة كذا قاله
ابن عباس وتبعه القتبي رضي الله عنهما وقيل اثنان وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون سنة وأقل ما قالوا ثماني عشرة سنة
فوجب أن يتعلق الحكم عليه للاحتياط ولأنه متفق عليه غير أن الجارية أسرع إدراكا من الغلام فنقصنا في حقها
سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة التي يوافق فصل منها المزاج لا محالة **قوله** وإذا راهق الغلام يقال
راهق أي قارب الحلم ومنه رهقنا ومنه إذا صلى أحدكم إلى شيء فليرهقها وصبي مراهق مدان للحلم يعرب **قوله**

باب الحجر بسبب الدين

اعلم أن الدين ليس من أسباب الحجر عند
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلذلك ذكر في كتاب الحجر وإنما أخره لأن هذا الحجر موقوف على طلب الغرماء مع أن
الأصل في الذمم البراءة عن الدين كان الأصل هو الرشد دون السفه فكان في هذا الحجر وصف زائد سوقه الله
الحجر بعدما وقعت المبادرة بينهما في أصالة عدم الحجر وكان الفرعية بإثبات في هذا الحجر المزيد فرع على المزيد عليه
والفرع يؤخر عن الأصل اعلم أن الحجر بسبب الدين له شرائط أحدها أن القاضي إذا حجر عليه بسبب الدين يشهد
أنه قد حجر عليه في ماله والإشهاد ليس بشرط لصحة الحجر وإنما احتيج إليه لأنه يتعلق بهذا أحكام وربما يقع التجاحد
فيه فيحتاج إلى إثباته فيشهد ليقع الأمن عن التجاحد والثانية أنه يبين سبب الحجر فيقول حجرت عليه بسبب الدين
لأن الحجر على قول من يقول بجوازه يختلف أسبابه ومع اختلاف سببه يختلف في نفسه لأن الحجر بسبب السفه يعم
الأموال كلها والحجر بسبب الدين يخص بالمال الموجود في الحال فأما ما يحدث له من المال بالكسب وغيره فلا يؤثر الحجر
فيه وينفذ تصرفه فيه والثالثة أنه يسمي صاحب الدين الذي وقع الحجر لأجله باسمه فيقول حجرت عليه بسبب الدين الذي
لفلان بن فلان عليه لأن الحجر يرتفع بإبراء رب الدين المحجور وبوصول الدين إليه فيحتاج إلى معرفته **قوله** قال أبو حنيفة
لا أحجر في الدين أما الكلام في الحجر بسبب الدين ففي موضعين أحدهما أن من ركبته الديون إذا خيف أن يلجئ ماله
بطريق الإقرار وطلب الغرماء من القاضي أن يحجر عليه فعند أبي حنيفة رضي الله عنه لا يحجر عليه القاضي لأن في الحجر
إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم ولا يجوز لدفع ضرر خاص وعندهما يحجر عليه ويمنعه من البيع والتصرف والإقرار
حتى لا يضر بالغرماء نظرا لهم كالحجر على السفيه نظرا له وهذا لأنه ربما يلجئ ماله فيفوت حقهم وإنما يمنع عن البيع
إذا كان بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل فلا يبطل حق الغرماء فلا يمنع عنه لأن المنع لحقهم والثاني أنه
لا يبيع على المديون ماله في قول أبي حنيفة رضي الله عنه العروض والعقار فيه سواء لأنه نوع حجر ولأن بيع
المال على المديون بغير رضاه ليس بتجارة عن تراض فيكون باطلا لقوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ
إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ وقال عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه وبنفسه لا يطيب
بيع القاضي ماله عليه فلا ينبغي له أن يفعله **قوله** وباع ماله إن امتنع المفلس عن بيعه وقسمه بين
غرمائه بالحصص عندهما لحديث معاذ رضي الله عنه فإنه ركبته الديون فباع النبي صلى الله عليه وسلم

ماله وقسمه بين غرمائه بالحصص ولأن بيع المال لقضاء الدين حق مستحق عليه بدليل أنه يحبس إذا امتنع منه
وهو مما يجري فيه النيابة والأصل أن من امتنع من إيفاء حق مستحق عليه وهو مما يجري فيه النيابة ناب القاضي منابه
كالذمي إذا أسلم عبده فأبى أن يبيعه باعه القاضي عليه وكالعنين بعد مضي المدة إذا أبى أن يفارق امرأته ناب القاضي
منابه في التفريق بينهما وكالمجبوب ولنا أن حق الغرماء موهوم فلا يجعل كالمتحقق ثم الضرر عليه في إهدار قوله
فوق الضرر في حبسه ولا يستدل بثبوت الأدنى على ثبوت الأعلى وبيع المال ليس بطريق متعين لقضاء الدين
فقد يمكن قضاء الدين بالاستيهاب وبالاستقراض وأخذ الصدقة من الناس بخلاف الجب والعنة لتعين الطريق
بالتفريق لما تحقق عجزه عن الإمساك بالمعروف وإذا أصر الذمي على الترك بإخراج العبد المسلم عن ملكه يتحقق عليه
بعينه فينوب القاضي منابه والحبس ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين بما اختاره من طريق القضاء أي طريق شاء
وإنما جاز للقاضي بيع ماله لما اشتغل بحبسه لما في الحبس من الإضرار به وبالغرماء بتأخير حقهم فلا
معنى للمصير إليه بدون الحاجة فاتفاق العلماء على حبسه في الدين دليل على أنه ليس للقاضي ولاية بيع ماله
في شرحنا الحامل لفظ المتن **قوله** باع ماله أي عندهما باع القاضي مال المحجور **قوله** حتى يحبس بالدين
لأن هذا الحكم ثابت وليس حتى هذه للغاية **قوله** لأجله أي لأجل البيع **قوله** والبيع ليس بطريق متعين لذلك
لأنه يمكنه بالاستقراض لما مر إلى أن **قوله** بخلاف الجب والعنة فإن التفريق متعين هناك أما هاهنا فبخلافه لأن البيع
غير متعين لقضاء الدين على ما ذكرنا فلا ينوب القاضي منابه كالمديون إذا كان معسرا فإن القاضي لا يؤجره لقضاء
الدين ويجبره بالإنفاق وكذا لا يبيع ما عليه من ثياب بدنه وكذا إذا وجب الدين على امرأة فإن القاضي لا يزوجها
لقضاء الدين من صداقها لعدم تعينه لقضاء الدين **قوله** والحبس لقضاء الدين لما يختاره من الطرق جواب
عن قولهما أن البيع مستحق لإيفاء دينه قال أبو حنيفة رضي الله عنه الحبس الذي ذكرتم ليس لأجل البيع لقضاء الدين
لا بعينه فكان هذا أمرا وراء ذلك فيحتاج إلى دليل والخصم دليل بعينه عليهم **قوله** باعها القاضي في دينه وهذا
عند أبي حنيفة رضي الله عنه استحسانا وهذا بالإجماع وإنما خص أبا حنيفة رضي الله عنه لأن الشبهة ترد على قوله
لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا لأن ذلك نوع بيع ويلحق
بيع الصرف **قوله** وجه الاستحسان اعلم أن الدراهم والدنانير جنسان صورة وجنس واحد معنى ولهذا ضم
أحدهما إلى الآخر في حكم الزكاة ولو كان ماله من جنس الدين صورة كان للقاضي أن يقضي به دينه فكذا إذا كان ماله
من جنسه معنى فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن يكون لرب الدين ولاية الأخذ من غير قضاء كما لو ظفر بجنس حقه
وبالإجماع ليس له ذلك قلت هما جنسان صورة وجنس واحد حكما فلعدم المجانسة صورة لا يستبد رب الدين بأخذ
لأن فيه معنى المبادلة من وجه ولوجود المجانسة معنى للقاضي أن يقضي دينه به وإنما لا ينعكس حيث لم يجعل
للغريم ولاية الأخذ نظرا إلى الاتحاد لأنه يلزم حينئذ ترك العمل بالشبهين لأن ولاية القاضي أعم وأقوى فلو ثبت
للغريم ولاية الأخذ مع حصوله ليست للقاضي أيضا العوضية **قوله** بخلاف العروض والعقار لأن للناس في الأعيان أغراضا

فلا يجوز للقاضي ان يبطل تبرعاته على وجه يلحق الضرر به اما النقود فهو ساكت لا عرض في اعيانها بل في ماليتها وسداد
القاضي في البيع بالنقود ثم بالعروض ثم بالعقار وعنده يبيع الا ان ذلك اسرع لقضاء الدين وارفق بالمديون لان
الاول اخذ البلد ثم ويتم قوله ويباع في الدين بالبلد اسعد في بيعه ملبوسا محبوسا اذا اغتسل بثيابه قوله
علاقه لا يستهلاك لانه فعل حسي والحجر لا يصح في الفعل الحسي لانه لا مرد له قوله نفذ اقراره فيه بناء على ان
الحجر انما كان لصيانته محل تعلق حق الغرماء به وحقهم يتعلق بالمال القائم في يده لا بهذا المال الحادث وقيل الحجر قوله
وسعو بيانه المعقول قوله على المفلس اي المفلس المديون المحجور قوله ولو مرض في الحبس بقي فيه الى قوله
وان لم يكن اجراحه يخرج الى عن هلاكه لانه لا يجوز الا هلاك لمكان الدين الا ترى انه لو توجه الهلاك اليه بالمخمصة
كان له ان يدفعه بمال الغير وكيف يجوز اهلاكه لاجل مال الغير قوله ولا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح
وهذا احتراز عن قول بعضهم فانهم قالوا لا يمنع عن الاكتساب في الحبس لان فيه نظرا للجانبين لجانب المديون
لانه ينفق على نفسه وعلى عياله ولرب الدين فانه اذا فضل منه يصرف اليه وقال بعضهم يمنع عن ذلك وهو الاصح
بناء على المقصود من الحبس ان يضجر فيسارع الى قضاء الدين قوله ولا يجوز بيعه وبانع عن بيانه اي لا يصار
الحاكم حائلا وما تعانيه المديون عن بيانه بعد خروجه من الحبس حائل بينهما حائل حوله وحلوله قوله ولا يمنعونه
من التصرف والسفر ليتمكن من الاكتساب فيقدر على قضاء دينهم قوله اشاره الى انه الغرماء يرجح على بينة
الاعسار لانها تقوم على الاثبات بينة الاعسار على النفي وان قالوا انه كثير العيال ضيق النفقة فبينة اليسار اكثر اثباتا
لان الاصل هو العسرة والبينات شرعت للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان اولى قوله لانه ابلغ في حصول المقصود
اي لان كون الخيار الى الطالب قوله لا ضمان الاصح عليه وعلى المطلوب بالاسد من حبسه فكان بيته اكثر افضاء
الى الضجر وسد التعجيل الى قضاء الدين وهو المقصود قوله ومن افلس وعنده اي عند المفلس متاع لرجل بعينه
ابتاعه منه اي اشترى ذلك المتاع هذا المفلس من ذلك الرجل وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلب
البائع ويكون للبائع خيار الفسخ لان المشتري عجز عن تسليم احد بدلي العقد وهو الثمن فيثبت حق الفسخ للبائع
كما لو عجز البائع عن تسليم المبيع بالاباق ونحوه والجامع بينهما انه عقد معاوضة فيقتضي المساواة وصار كالسلم فانه
اذا انقطع المسلم فيه ثبت خيار الفسخ لرب السلم كذا هنا ولنا ان حق الفسخ بالعجز عن تسليم المبيع وهو وصف
حقيقي يشترط وجوده حال البيع لا يدل على ثبوت حق الفسخ بالعجز عن تسليم الثمن وهو وصف حكمي لا يشترط وجوده ولان البائع
عجز عن تسليم ما هو المستحق بالعقد فيستحق الفسخ باعتباره والمشتري عجز عن تسليم شيء هو غير مستحق بالعقد
فلا يستحق الفسخ باعتباره وهذا لان المستحق بالعقد دين في الذمة وهو عجز عن تسليم العين وبقبض العين يتحقق
بينهما مبادلة لا بعقد العقد كما في السلم لانه لا يستبدل فاعطى العين حكم الدين وصار العين مستحقا بالعقد كالدين
وكان العجز عن العين عجزا عن تسليم شيء هو مستحق بالعقد فيكون كالعجز عن تسليم المبيع كتاب المأذون اي اراد
بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي الحجر فلما ترتبا هكذا وجودا ترتبا هكذا ذكرا قوله الاذن الاعلام

لغة وفك الحجر الثابت بالرق شرعا ورفع المانع من التصرف حكما واثبات اليد للعبد في كسبه بمنزلة الكتابة الا انها لازمة
لانها بعوض وهذا لا يكون لازما لخلوه عن العوض كالملك المستفاد بالهبة مع المستفاد بالبيع وهذا لانه اهل
للتصرف بعد الرق لان ركن التصرف كلام معتبر شرعا لصدوره عن مميز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام
الحقوق وهما لا يختلان بالرق فصلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشر وبالرق لا يخرج من ان يكون بشرا الا
ان ذمته ضعفت بالرق فلا يتعلق المال بها الا منضما الى مالية الرقبة وهي حق المولى فحجر عن التصرف لحق المولى
كيلا يبطل حقه بلا رضاه فاذا اذن المولى فقد اسقط حقه فعاد العبد متصرفا بالمالكية الاصلية واهليته لنفسه
وهذا لا يرجع بالعهدة على المولى كالمكاتب لانه اصيل في التصرف حكمه ولو كان نائبا لرجع كالوكيل قوله
ولهذا لا يقبل التاقيت اي لا يتوقت بان اذن له في العقد يوما او شهرا كان مأذونا ابدا الى ان يحجر عليه عندنا لان
الاسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق وتاجيل الدين تأخير المطالبة لا اسقاط فلهذا يتوقت قوله خلافا
لزفر والشافعي رحمهما الله تعالى ان الاذن عندهما عبارة عن انابة وتوكيل لانه يتصرف للمولى باذنه فلا يملك التصرف الا فيما
اذن له فيه كالوكيل والمضارب والسهم وهذا لان الرق موجب للحجر عن التصرفات والرق بعد الاذن قائم كما كان
قبله فيكون يتصرف بطريق النيابة عن المولى لانه يستفيد الولاية من جهته وما هو المقصود بالتصرف وهو الملك
يحصل للمولى لا للعبد لانه بالرق خرج عن ان يكون اهلا للملك ولهذا لا يملك حجره ولا يملك حجر المكاتب لو كان كالمكاتب
لما ملك حجره بعضو ما قاله اصحابنا ان الاذن فك الحجر عليه كما بينا واسقاط الحق والعبد بعد الاذن يتصرف لنفسه
لانه فكاك الحجر عنه كالمكاتبة فلا يتصور تخصيص المولى فيهما وقع الفك عنه قياسا على الكتابة وهذا لان تصرف العبد
ملاقي محلا هو ملكه او المتصرف في ملكه لا يكون نائبا عن غيره بيانه ان اول التصرف بعد الاذن الشراء لانه لا يملك شيئا
ليبيعه وبالشراء الملتزم الثمن في ذمته وهي مملوكة له ولهذا لا يملك المولى الشراء بثمن يجب في ذمة عبده ولو كان
مملوكة للمولى لملكه ولم يتصرف العبد في ذمة المولى حتى يجعل نائبا عن المولى فيكون اصيلا في التصرف بخلاف الوكيل
لانه يتصرف في مال غيره او في ذمة غيره لانه يثبت للوكيل بالشراء حق الرجوع عليه ولم يكن للوكيل قبل التوكيل
هذه الولاية وانما استفادها بامر فصار نائبا وحكم التصرف هو ملك اليد واقع للعبد ولهذا كان له ان يصرف
الى قضاء دينه ونفقته وما استغنى عنه يثبت للمولى على سبيل الخلافة عنه واذا كان الاذن من المولى اسقاطا
لحقه واباحة للعبد صار بنفسه في التصرف لا يعتبر تقييده بنوع دون نوع كما اذا رضي المستاجر ببيع عبده
الذي استاجره من زيد دون عمرو او سلم البائع المبيع الى المشتري قبل نقد الثمن على ان يتصرف فيه نوعا من التصرف
دون نوع فانه لا يعتبر التقييد لان ذلك منه اسقاط لحق الحبس فان قلت لا يصح الاستدلال على عدم التخصيص
والتوقيت بان الاذن عبارة عن فك الحجر والاطلاق بملك الابدال الا ترى ان تقليد القضاء اطلاق واثبات الولاية ثم هو قابل
للتخصيص فيجب ان يكون الاذن كذلك قلت الفرق ظاهر بينهما اما في تقليد القضاء فان القاضي لا يعمل لنفسه فيما يقضي
بل هو نائب عن المسلمين ولهذا يرجع بما لحقه في مال المسلمين وكيف يكون عاملا لنفسه وهو فيما يعمل لا يصلح

ان يكون راضيا بخلاف العبد فانه يتغير بالنهي عن المولى اما المستعير والمستأجر فانه يتصرف في محل هو ملك الغير
باعتبار ان صاحب الملك له واباحه في ملك يقتصر نفسه بنقل التخصيص فاما العبد لا يتصرف بايجاب المولى لما عرف ان التصرف
غير محظور للمولى في ذمته فكيف يوجب ما لا يملكه كذا في المبسوط قوله ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا
للضرر عنهم وهذا لان العادة جرت بان من لا يرضى بتصرف عبده ينهى عنه فاذا لم ينهه جعل سكوته اذنا دلالة
دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتقدون اطلاقا منه فيعاملونه حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف
كما في سكوت النبي صلى الله عليه وسلم عند امر يعاينه عن التغيير وسكوت البكر والشفيع قال قلت اسبابا للاذن
للعبد في التجارة عند سكوت المولى اذا رأى عبده يبيع ويشتري ونحوه من الشبهة احدها ان هذا التصرف الذي
باشر العبد من البيع لا يصح في حقه الاذن حتى لم يصح ذلك البيع فلما لم يصح الاذن في عين ذلك التصرف فكيف
يصح في غيره وكذلك اذا رأى اجنبيا يبيع شيئا من ماله فسكت لا يصير راضيا وبانا يبيع ذلك العين وكذلك المرتهن
اذا رأى الراهن يبيع المرهون فسكت ولم ينهه عن البيع لا يصير اذنا له في البيع وكذلك اذا رأى عبده يتزوج
او رأى امته تزوج نفسها فسكت ولم ينههما عن ذلك لا يصير اذنا لهما بالنكاح ففي هذه المسائل لم يكن السكوت
اذنا في نفس ذلك التصرف ولا في غيرها سوى المسئلة الاولى يكون السكوت اذنا في غير ذلك التصرف مع احتياج الى
الفرق لان السكوت محتمل قد يكون للرضا وقد يكون لقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه انه محجور عن ذلك شرعا والمحتمل
لا يكون حجة قلت الجواب عن الاول ضوا لما لم يجز ذلك التصرف بسكوت المولى لان تصرفه في ذلك العين الذي باع وقع
على طريق الوكالة والتوكيل لا يثبت بالسكوت ولكن يصير اذنا في الانواع كلها وهذا بمنزلة ما اذا رأى عبده
المسلم يشتري شيئا بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد ماذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا التصرف كذا هنا
ولان في جواز هذا التصرف ازالة ملك المولى وفيه الضرر متحقق فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الاذن ضرر على المولى
متحقق في الحال لحوق الدين محتمل وكذا الجواب فيما اذا رأى اجنبيا يبيع ماله فسكت لان ضرر المالك متحقق فانه
يزول ملكه عن العين في الحال وزوال الملك لا يثبت بالسكوت ضررا وان كان يحصل حتى لا يملك عليه احد ذلك حال الاختيار واما
الرهن فاما لو لم يثبت الاذن حتى ابطل المرتهن البيع يبطل ملك الراهن عن الثمن ملكا موقوفا فان بيع المرهون موقوف
ولو اثبتنا الاجازة على المرتهن ابطلنا ملك المرتهن عن العين ملكا باتا وعسى لا يصل الى يده من محل اخر فكان ضرر المرتهن
اقوى فلذلك لم يثبت الاجازة بالسكوت واما تزوج مسئلة العبد فانا لو اثبتنا يتضرر المرأة بزوال ملكها عن
منافع بضعها بالنكاح ما في حكم العين ولو لم يثبت الاذن يتضرر العبد ضررا موهوما فان ضرر العبد يكون على
حسبان ان المالك اجازه وانه موهوم وكذا لم يجعل السكوت رضا في اتلاف المال لان الضرر هناك متحقق في الحال
وسكوته لا يكون دليل التزام الضرر حقيقة واما قوله السكوت محتمل قلنا نعم كذلك لكن ترجح دليل ترجح جانب
الرضا فالعادة ان من لا يرضى بتصرف عبده يظهر النهي اذا رآه يتصرف ويؤدبه على ذلك بما يستحق عليه ذلك شرعا
للضرر فبهذا الدليل رجحنا جانب الرضا كما في سكوت البكر والشفيع قوله لتعذر الاحتراز عنه كما جعل عفوا

قوله وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يجوز لان الغبن الفاحش جار مجرى التبرع الا يرى انه
يعتبر من المريض من الثلث والتبرع غير داخل تحت الاذن ولهذا لم ينفذ تصرف الاب والوصي والقاضي في مال الصبي
بالغبن الفاحش ولابي حنيفة رضي الله عنه ان البيع بالغبن الفاحش تجارة لا تبرع لانه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع
في ضمن الشيء له حكم ذلك الشيء المأذون في حق التجارة ملحق بالاحرار لانه متصرف لنفسه باهليته لا بحكم الامر فيصح
منه كما يصح من الحر واما الاب والوصي والقاضي يتصرفون للغير فيتقيد بالنظر وعلى هذا الخلاف المكاتب والصبي المأذون
قوله ولا وارث للعبد ولا يعال الى المولى بمنزلة الوارث لانه رضي بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا اسقط
حقه في الثلث فانه ينفذ تصرف المريض في الكل قوله وله ان يسلم ويقبل السلم اذ كل ذلك من التجارة وله ان يوكل
بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة وربما لا يتفرغ المأذون بنفسه فيحتاج الى ان يوكله قوله ولو قال لا يملك العقد
على نفسه تقريره ان الاذن بالتصرف في غير نفسه ولهذا لا يملك بيع نفسه فلا يملك العقد على منافعه لانها تابعة لها
نقرر ما قاله اصحابنا ان الاجارة تجارة فيملكها وهو تصرف على غير نفسه فانه بيع المنافع لا بيع النفس وانما لا يجوز
بيع نفسه لانه يبطل الاذن اصلا لانه يحجر به وكذا رهن نفسه لانه ايفاء من وجه فكان بيع نفسه من وجه فلا يجوز
بالاجارة ويحصل بها المقصود وهو الربح فيملكها وما ذكر ينتقض بالحر فانه لا يملك بيع نفسه ويملك بيع منافعه
قوله ولنا انه اسقاط الحق قال قلت لو كان اسقاطا لما كان للمولى ان يحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط
لا يعود قلت بلى ولانه الحجر باعتبار بقاء الرق وكان في الحجر امتناع عن الاسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لان
الساقط لا يعود قوله وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع رقبته في دين التجارة بناء على ان رقبته ليست
من كسبه فلا يباع في دينه كسائر اموال المولى لان رقبته ملك المولى فلا يتعلق الدين بها الا بتعليقه والمولى عين
الكسب للتعلق به دون الرقبة لان غرضه من اذنه تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان وذا في اداء الدين التجارة
من كسب التجارة فاما ان يتعلق بالرقبة استيفاء ولان ما يحصل منه شيء عن الدين يعود الى المولى بخلاف دين الاستهلاك
فانه يباع فيه لانه لا يتعلق له بالاذن فان وجوبه بالجناية وقبل الاذن يباع في دين الاستهلاك فكذا بعده ولنا ان هذا
دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه بسبب التجارة واذنه وظهر في حق التجارة فيباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك
دفعا للضرر عن الناس وهذا لانه لا بد من محل يستوفى منه والرقبة محال لذلك نفسه لانه وجب عليه وهو مال
ويتعلق الدين برقبته استيفاء حامل للغير على المعاملة معه فيصلح غرضا للمولى من هذا الوجه ويفوت الضرر
في حق المولى بدخولها اشترى في ملكه ولا منافي بين تعلقه بالكسب وتعلقه بالرقبة فيتعلق بهما ولكن يبدأ بالاستيفاء
من الكسب لانه امكن توفير حق الغرماء مع تحصيل مقصود المولى فان لم يوجد الكسب يستوفي من الرقبة
قوله ديونا اعلم ان اطلاق لفظ الديون يتناول دينا وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع يظهور المبيع
مستحقا وقد استهلكه او باستحقاقه والثمن هلك في يده والشراء والاجارة بان يستحل الاجرة ثم هلك المستأجر
قبل تمام المدة والاستيجار وضمان المغصوب والودايع والامانات اذا جحدها لانه يصير مضمونا عليه بالقيمة

يملك المضمون فصار من قبيل ضمان التجارات قوله وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر الحجر بين اهل سوقه وقال
الشافعي رح يصح الحجر عليه بغير علم العبد واهل السوق لوجود الحجر له ذلك ولنا انه لو صح الحجر بغير علمهم لتضرروا به
لانه ان اكتسب اخذه المولى ماخذه وان لحقه دين يتاخر حقهم الى ما بعد العتق ولا يدرى متى يعتق
ام لا ويشترط علم اكثر اهل سوقه لان اعلام الكل ليس بشرط ويقوم مقام الاكثر مقام الكل لان الاصل ان الحجر انما يصح
اذا كان بمثل الاذن والاذن يصح دون حضرتهم حتى لو حجر في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا يصح ولو حجر في بيته بمحضر
من اكثر اهل سوقه يصح لان المقصود ليس عين السوق حتى لو كان في السوق ليلا او حجر عليه لا ينحجر بل المعتبر شيوع الحجر
واشتهاره لانه في سبيل المولى فيقام ذلك مقام علم جميع اهل السوق ويصير بمنزلة الخطاب بالشرايع فان الذمي اذا اسلم
ولم يعلم بوجوب الصلوة والصوم حتى مضى زمان يلزمه القضاء لاشتهار حكم الخطاب في دار الاسلام والحربي اذا اسلم
في دار الحرب لم يلزمه القضاء ما لم يعلم لان حكم الخطاب غير مشتهر في دار الحرب قوله فان اباق لا ينافي ابتداء
الاذن فان المحجور عليه لو ابق فاذن له المولى في التجارة وعلم به العبد صار ماذونا فلان لا يمنع بقاءه وهو دونه
اولى وصار كالغصب فانه اذا اذن للمغصوب صح ولو غصب المأذون لا يبطل الاذن به ولنا ان هذا لانه
حجر كالتصريح بالحجر وقد وجدت لما الحجر اذ الظاهر ان المولى لا يرضى بتصرف الابق المتمرد وانما يرضى بتصرف ما هو تحت
طاعته ليتمكن من قضاء دينه بكسبه والاباق عندنا يمنع ابتداء الاذن كذا ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده رح
في مبسوطه ولئن سلمنا انه لا يمنع بعد التسليم فالدلالة ساقطة الغير عند التصريح بخلافها وانه لو امتنع المغصوب
وما كسبه من يد الغاصب متيسر بالمرافعة الى الحكام وعرض الحال على الامام قوله خلافا لزفر رحمه الله
هو يعتبر البقاء بالابتداء فانه لو اذن لها بعد الاستيلاد صح فاستيلادها لا يحجرها كالتدبير ولنا ان الانسان
يحصن ام الولد في العادة ولا يرضى بخروجها لانه تصرف فيها بمنزلة المنكوحات فصار ذلك حجرا دلالة ودليل
الحجر كصريحه بخلاف ما اذا اذن لام ولده في التجارة لانه صرح به بخلاف المعتاد وانما يعتبر المعتاد عند عدم
التصريح بخلافه فاما مع التصريح بخلاف العادة فلا كتقديم المائدة بين يدي الانسان جعل اذنا في التناول
عادة الا اذا صرح وقال لا تاكل فان قلت كيف يبطل اذنها صريحا بدلالة الحجر والشيء لا ينتقض بما هو دونه
قلت لا نسلم بانه اذن لها صريحا بل هذا فرض مشكل ولئن سلم فبقاء الاذن بالاستصحاب فلا يكون باقيا بالدليل
وهذا الحجر ثبت بالدليل فكان اقوى قوله وله ان المصحح لاقراره الى اخره اعلم ان صحة اقراره على وجه
يطالب به في الرق كانت باعتبار الاذن فقد زال بزواله وان كانت باعتبار اليد فقد بطلت بالحجر فصار كما لو
انتزع المولى من يده الكسب فانه لم يصح اقراره بالدين في حق ذلك الكسب فكذا اذا حجر عليه وبعد الحجر لا يملك
شغل الكسب بالدين وصار كالوشيجرة في ضمن بيعه ما باع المأذون من غيره فانه لا ينفذ اقراره وان كسبه
ورقبته كانا سواء في حق الاخذ بالدين حال الاذن وبالحجر بطل الاقرار في حق احد الرقبة به فكذا يبطل في حق
الكسب يؤيده ما قال ابو حنيفة رضي الله عنه ان اقراره في هذا المال انما صح في حال اذنه باعتبار يده على المال لا باعتبار

الاذن ولهذا لو اخذ المال منه ولم يحجر عليه لم يصح اقراره فيه لعدم اليد وبقاء الاذن ما لم يأخذ
المال منه لان شرطه سقوطها بالحجر فراغ ما في يده اخذه المولى من يده فيبطل اقراره لانه لم يبق هناك شيء
من اثار ذلك الاذن ويد المولى علية ثابتة حقيقة وحكما فلا يبطل باقراره بخلاف قيمته فانها لا تباع بدين
اقربه بعد الحجر لانها ليست من كسبه وملكه بالرقبة ظاهر قبل الاقرار رقبته ويده فلا يبطل باقرار العبد بخلاف
ما اذا باع المولى العبد المأذون وفي يده كسب فاقر به لا يصح لانه صار كعبد اخر لتجدد الملك فصار
بمنزلة شخص اخر بحكم تبدل الملك فلا يبقى ما ثبت بحكم ذلك الملك لانما يملك العبد كسبه بحكم ذلك الملك الا ترى انه لا يستوفي
حقوق عقد باشره عند الاول وان كان يستوفيها بعد الحجر قبل البيع قوله وما لا يملك ما في يده ويعتق عليه وهذا
لان سبب ثبوت ملك الكسب ملك الرقبة لان ملك الاصل علة ملك الفرع وهو مالك لرقبته حتى يملك اعتاقه والعبد
المأذون ووطي المأذونه وهذا امارة كمال ملكه لان الوطي لا يحل بدونه ويخلو الغرماء استيفاء لا يمنع ملك المولى
كرقبته بخلاف الوارث اذا اعتق من التركة وهي مشغولة كلها بالدين حيث لا ينفذ لان الملك انما ينتقل الى الوارث
عند استغناء المستغنى عنه نظرا له ولهذا تقوم الاقرب فالاقرب لان الصرف الى الاقرب انفع ومتى كان على الميت دين
يقدم حق الغريم على الوارث لان النظر يتعين فيه لان قضاء الدين فرض عليه وهو حائل بينه وبين ربه والمولى لا يملك
كسب عبده باعتبار النظر للعبد بل لانه ليس باهل الملكية مع قيام رقه وهذا المعنى قائم بعد ثبوت الاذن وبعد قيام
الدين ايضا فيملك اكسابه ويعتبر بما قاله ابو حنيفة رضي الله عنه ان العبد يتصرف لنفسه وقضيته ان يقع الكسب
وانما وقع للمولى على سبيل الخلافة عنه وكان من شرطه فراغه عن حاجة العبد ولهذا لو استغرق الاعتاق على
عبده لا يعرفها الا لكتسابه الاعتاق على نفسه ووجدنا فصل عن حاجته على سيده والمحيط به الدين مشغول بحاجته فلا
يخلفه المولى لفقد شرطه كما لا يثبت للوارث الملك في التركة اذا كان على الميت دين محيط فان قلت كيف يتلقى الملك
من العبد بجهة الخلافة والعبد ليس باهل للملك المال من شرط الخلافة تصور الاصل قلت العبد ليس باهل الملك مستقر
لكنه اهل الملك منتقل الى غيره اذا فرغ عن حاجته وهذا لان العبد من حيث انه ادمي بمنزلة الحر ومن حيث انه مال مملوك
كالبهيمة ولو كان حرا مطلقا لملك المال ملكا مستقرا ولو كان مملوكا مطلقا كالبهيمة لم يملك اصلا فعملنا بملك
ملكا منتقلا عملا بالشبهين واذا عرف ثبوت الملك وعدمه عرف نفاذ العتق وعدمه لانه فرعهم اذا نفذ عتقهما
يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به وكذا لو قال لعبده المأذون هذا ابني وهو مجهول النسب لا يثبت نسبه
عنده وعندهما يثبت ويعتق ويضمن قيمته للغرماء لابطال حقهم وكذا لو قتل عبد عبده المأذون المديون يغرم
قيمته في ثلث سنين لانه لا يملكه فهو كقتل عبد اجنبي فكان ضمان جناية وعندهما قيمته للحال لانه ملكه فهو اتلاف
كسب عبده ولكن فيه حق الغرماء فيضمن حقهم للحال قوله وان باع من المولى الى اخره اعلم ان العبد المأذون اذا
باع شيئا من مولاه بمثل قيمته جاز لانه غير متهم في ذلك فانه ليس في تصرفه ابطال حق الغرماء عن شيء تعلق به
حقهم بخلاف ما اذا باع المريض شيئا من وارثه بمثل قيمته فانه لا يجوز عند ابي حنيفة رضي الله عنه لحق سائر الورثة

لان حقهم يتعلق بعين ماله حتى كان لاحدهم استخلاص العين باداء قيمته الى الغرماء ولو اراد بعض الورثة استخلاص
شيء لنفسه واداء القيمة الى الاخر ليس له ذلك وههنا المتعلق حق الغرماء وحقهم في المالية دون العين حتى كان
للمولى ان يستخلص لنفسه المانع بقضاء الدين من موضع اخر وليس في البيع بمثل القيمة ابطال حقهم عن
شيء من المالية فيجوز وان باعه من المولى بنقصان لم يجز فاحشا كان الغبن او يسيرا عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه متهم
في حقه بخلاف ما اذا باع من الاجنبي عند ابي حنيفة رح لانه لا تهمة فيه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه من المولى
جاز البيع فاحشا كان الغبن او يسيرا ولكن يخير المولى بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض لان في المحاباة ابطال حق الغرماء
عن شيء من المالية وفيه اضرار بهم والعبد في الكسب بمنزلة الوكيل في حق المولى فلهذا يدفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع
من الاجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز ولا يؤمر المشتري بازالة الغبن وههنا يؤمر المولى بازالة الغبن عندهما لان
الغبن اليسير دائر بين الوجود والعدم لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه موجودا في حق المولى للتهمة
ومعدوما في حق الاجنبي لعدمها عملا بالشبهين بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالغبن الفاحش حيث لا يجوز عندهما
اصلا ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة الغبن لان الغبن الفاحش لا يتحمل من العبد الماذون لا يصح عندهما الا باذن المولى والمولى
اذن له ذلك البيع من نفسه بدلالة الاقدام عليه ولم يأذن له في البيع بغبن فاحش من الاجنبي فافترقا وهذا الذي
ذكرنا قول بعض المشايخ وقيل الصحيح ان قوله كقولهما لان المولى يستبد باخذ كسبه لنفسه بالقيمة بدون
البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون مع وارثه في البيع مع الاجنبي قوله
واذا اعتق المولى الماذون وعليه ديون صح اعتاقه لان ملك الذات قائم وتعلق الحق به لا يمنع عليه وضمن المولى
للغرماء قيمته اذا كان مثل الدين او اقل لانه بالاعتاق فوت عليهم محلا تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه
لورود الحق بحقيقة الملك فاوجبنا الضمان دفعا للضرر عن الغرماء قوله بخلاف ما اذا اعتق المدبر اي اعلم
انه اذا اذن للمدبر ولام الولد في التجارة فلحقهما ديون ثم اعتقهما المولى فلا ضمان عليه من الدين لان حق
المدبر وام الولد لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع لتعذر بيعهما فلم يكن المولى بالاعتاق مبطلا
محل حقهم فلا يضمن شيئا قوله كما في المرهون يعني كما اذا باع الراهن ثم اجاز المرتهن البيع بخلاف ما اذا كفل
عن غيره بغير امره ثم اجاز لانها وقعت غير موجبة للرجوع ولم يتوقف نفاذ الكفالة ولزومها على الاجازة ولا
كذلك ههنا ولم يصر المولى مختارا ايضا ما عليه [illegible] مختارا للفداء يبيع الجاني بعد العلم بالجناية لان
وجوب الدفع [illegible] المولى الى ذمته فاذا فعل ما يسقط به الدفع يصير مختارا او الدين ههنا واجب على
العبد وامكن استيفاؤه منه بعد العتق فلا يصير مختارا للفداء قوله لابي يوسف رح انه يدعي الملك
لنفسه يعني ان المشتري يدعي الملك لنفسه في هذا المعنى ويكون خصما لمن يدعيه فيما في يده كما لو ادعوا ملك العبد
لانفسهم ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر
ليس بخصم عنه قوله ومن قدم مصرا اعلم ان المسألة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا

عدلا كان او غير عدل والقياس ان لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله صلى الله عليه وسلم
البينة على المدعي وجه الاستحسان ان الناس يتعاملون في ذلك من غير نكير فكان اجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك
بها القياس ولانه في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن امر لا بد منه لصحة تصرفه ولو اقامة الحجة عند كل عقد غير
ممكن والاصل ان ما ضاق على الناس اتسع امر حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وكذلك هذا القياس
والاستحسان في دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما اشبهها وما يشبهها ان يبيع
ويشتري الاخر شيئا والقياس فيه ان لا يثبت الاذن لان السكوت يحتمل وفي الاستحسان يثبت لان
الظاهر انه ماذون لان امور المسلمين محمولة على الصلاح ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل
عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر والقياس ان يشترط عدالة المخبر لان الخبر حجة
العدالة وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى فاذا ثبت انه ماذون صحت تصرفاته ولزمته الديون
فيستوفي من كسبه فان لم يكن في الكسب وفاء لم يبع رقبته حتى يحضر مولاه لانه لم يصدق على مولاه وليس ضرورة
الاذن بيع الرقبة والمدبر الماذون لا يباع في دينه فان حضر مولاه واقر بالاذن بيع في الدين لان الاذن بالتجارة
رضا ببيع رقبة الماذون وان قال هو محجور فالقول له لتمسكه بالاصل وعلى الغرماء البينة فان اقاموا البينة
ان مولاه اذن له في التجارة حينئذ يباع لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فصل لما بين احكام العبد في التجارة
شرع في بيان احكام اذن الصغير لانه من باب الاذن في التجارة الا انه قدم اذن العبد لكثرة وقوعه ولكونه
مجمعا عليه في جوازه قوله وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ ويبطل اذنه لانه محجور عليه شرعا للصبا وهو
ما لم يمنع الاذن وسبب الحجر باق كما قبل الحجر الا انه مولى عليه في هذا التصرف فلا يصح ان يكون واليا لان
الاول سمة العجز والثاني سمة القدرة وبينهما تضاد فلا يجتمعان فصار كالطلاق والعتاق فانهما لا يستفادان
منه بالاذن بخلاف الصوم والصلوة والوصية واحياء احد الابوين على اصله لان الولي لا يتولاها فلا يكون
موليا عليه فيها فصححناها منه اما البيع والشرى فالولي يتولى بهما فلا ينعقد ضرورة على هذا الاصل
قال جده صحة اسلامه [illegible] ما قاله اصحابنا ان التصرف المشروع صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية
شرعية فوجب القول بنفاذه كالعبد الماذون وانما قلنا شرعية التصرف والمحلية والولاية لان الاهلية لان
الاهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين وهذيان والكلام فيه فيثبت الولاية صونا للكلام
عن الالغاء والصبي سبب الحجر لعدم هدايته الى التصرفات لا لذاته وباذن المولى يستدل على ثبوت هدايته
في التصرفات لان الظاهر انه لا ياذن له الا بعد معرفة هدايته فيها وبقاء ولاية الولي لنظر الصبي ليتوسع طريق النيل الى
[illegible] في المصلحة بطريقين بمباشرة الصبي ومباشرة الولي [illegible] لاحتمال تبدل حاله بالهداية الى غيرها
ومتى جعلناه وليا باعتبار اصل الاهلية لم يجعله فيه موليا عليه ومتى جعلناه موليا عليه باعتبار قصور الاهلية
لم يجعله وليا فيه والحاصل ان الصبي بنحو النظر مصون عن الضرر والتصرفات ثلاثة انواع ضار محض كالطلاق

والعتاق والهبة والصدقة فلا يملكه الصبي فان اذن الولي نافع محض كقبول الهبة والصدقة فيملكه
بغير اذنه وداير بين النفع والضرر كالبيع والشرى والاجارة والنكاح فيملكه بالاذن ولا يملكه بدونه
لان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه الطفل الذي لا عقل له من حيث انه لم يتوجه
عليه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فالحقناه بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضار المحض
وفيما هو داير بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لترجح جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن
ولكن قبل الاذن ينعقد موقوفا على اجازة الولي لان له فيه منفعة لمصير مهتديا الى وجوه التجارات
عارفا بانواع المعاملات ممتازا عن الحيوانات غير الناطقة حتى لو بلغ فاجازه نفذ عندنا خلافا لزفر رحمه الله
لانه يتوقف على اجازة وليه وقد صار وليا بنفسه وولية ابوه ثم وصي الاب ثم الجد اب الاب ثم وصيه ثم الوالي
او القاضي او وصي القاضي فاما الام او وصي الام فلا يصح منهما الاذن له في التجارة وكذا امير الشرط فوض اليه
امر حاص لا يقلد القضاء فلا يملك التجارات على الناس والشرط ان يعقل ان البيع سالب للمبيع والشرى جالب ويعرف
الغبن اليسير من الفاحش لا بنفس العبارة لان كل صبي يرد القول البيع والشرى يتكلم به والتشبيه بالعبد المأذون
يفيد ان ما ثبت في العبد المأذون من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر ثم هو في الصبي اظهر لكونه اهلا
للملك المستقر والعبد ليس باهل له والمأذون يتصرف باهليته نفسه عندنا كان او صبيا ولا يتقيد تصرف الصبي
بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت **قوله** وكذا لو يقرر به في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه لا يصح اقراره فيما ورثه عن ابيه بناء على ان صحة اقراره في كسبه لحاجته الى ذلك في التجارات ولا حاجة في الموروث
عن ابيه وجه الظاهر انه بانضمام راي الولي التحق بالبالغ ولهذا نفذ ابو حنيفة رضي الله عنه تصرفه بعد الاذن بالغبن
الفاحش كالبالغ لان ملكه بارع عن حاجة الغير فيصح اقراره فيهما **قوله** يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد
دون الاخ والعم وحكمه حكم الصبي لو اشترى كاب ووصي ابيه للصغير او للمعتوه ومن اخت رحم محرم من الصغير
او المعتوه لا ينفذ عليهما وانما ينفذ على الاب والوصي لانه لا نظر في هذا لهما والله اعلم

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لان
الغصب من انواع التجارة حتى ان اقرار المأذون يصح بديون التجارة دون غيرها وصح بدين الغصب
ايضا ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس من المناسبة
في اللغة اخذ الشيء ظلما وقهرا يقال غصب على الرجل وغصبه منه وغصبه اياه غصبا ويقال للمغصوب
غصب يسميه بالمصدر وفي الشريعة اخذ مال متقوم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده **قوله** في اللغة
اخذ الشيء ولم يقيده بالمال لانه يستعمل لغة في كل ما هو مال او غير مال يقال غصب زوجة فلان وولده
كذا في المبسوط **قوله** محترم احتراز عن غصب مال الحربي في دار الحرب **قوله** على وجه يزيل يده اي يد المالك
هذا الحد على قول علمائنا فعلى هذا الحد يخرج مسايل اصحابنا منها ان الرجل اذا غصب الحمار ومعه

حشيش فاكل الذئب الحشيش ان لم يعرض الغاصب للحشيش ولم يبعده بل يتبع الحشيش امه فلا ضمان عليه في الحشيش
ولو ساق مع امه ضمن الحشيش ايضا ومنها لو منع اصحاب المواشي عن المواشي حتى ضاعت فلا ضمان عليه
وكذا لو اخرج صاحب الدار عن داره حتى انهدم لا ضمان عليه وكذا لو حبس رجلا حتى ضاع ماله لم يضمن
ولو حبس المال منه ضمن **قوله** حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا لانه بالاستخدام والحمل اثبت
يد التصرف عليه وذلك يوجب قصر يد المالك عنه **قوله** دون الجلوس اي لو جلس على بساط غيره او فراش
غيره لم يكن غاصبا لانه لم يوجد منه النقل والتحويل او البسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال
فلم يكن الغاصب مزيلا ليده وشرطه ان يكون المأخوذ مالا متقوما وحكمه المأثم والمغرم عند العلم وان كان
بدون العلم بان ظن المأخوذ ماله او اشترى عينا ثم ظهر الاستحقاق فالمغرم لان الضمان انما يجب جبرا لحقه
بفوته وحقه شرعي وان كان الاخذ بحذر والجهالة وعدم قصده دون المأثم لان الاثم مرفوع عن العباد
حالة الخطأ لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان والمراد المأثم وقد قال تعالى لَيْسَ عَلَيْكُمْ
جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ **قوله** لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا
عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وتسمية الفعل الثاني اعتداء بطريق المقابلة كقوله تعالى وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ
مِثْلُهَا والمجازاة لا تكون سيئة ولان الواجب ضمان الجبر والجبر انما يتحقق بايجاب المثل لان حق المستحق مراعى
في الصورة والمعنى وفي اعتبارهما فكان اعدل من القيمة التي فيها مراعاة المعنى وهو المالية بحسب **قوله**
ولابي يوسف رحمه الله ان المثل لما انقطع التحق بما لا مثل له وجوب اعتبار القيمة والخلف انما يجب بالسبب
الذي يجب به الاصل هو الغصب فيعتبر قيمته يوم الغصب **قوله** ولمحمد رحمه الله ان الغصب وجب المثل
خلفا عن رد العين وانما يصار الى القيمة للعجز عن اداء المثل وذلك بالانقطاع من ايدي الناس فيعتبر قيمته يوم
الانقطاع **قوله** ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الاصل
في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الاصل وقاصر وهو المثل معنى هو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا
مع احتمال الاصل لانه خلف عن المثل الكامل ولا ينقطع الاحتمال بالانقطاع ولكن بالخصومة والقضاء
ولهذا لو صبر الى مجيء اوانه كان له ان يطالبه بالمثل فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء **قوله** ومثل المثلي
كالعدديات المتفاوتة والدواب فعليه قيمته يوم غصبه وقال مالك رضي الله عنه يضمن مثله من جنس ذلك
لما ملويا ولنا ما روي عن شريح رضي الله عنه من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور يوم صح
في النص فلان قيمة الشيء معنى ذلك الشيء والمعنى هو الاصل والصورة تابعة فاذا تعذر اعتبار الصورة
للتفاوت فيها اعتبرنا المعنى دفعا للضرر بالقدر الممكن **قوله** واما العددي المتقارب كالجوز والبيض
والفلس كالمثلي حتى يجب المثل عندنا لان احادها لا تتفاوت وعند زفر رضي الله عنه القيمة لانها ليست بامثال
متساوية ولهذا لا يجري الربوا فيها **قوله** وعلى الغاصب رد العين على المالك لقوله صلى الله عليه وسلم

على اليد ما اخذت حتى ترد وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا جادا فان
اخذه فليرد عليه والرواية في المصابيح لاعبا جادا اي لا يريد سرقته ولكن يريد ادخال الغيظ على اخيه فهو
لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الغيظ على اخيه وفي المبسوط لاعبا ولا جادا ومعناه ظاهر وقال عليه السلام
من وجد عين ماله فهو احق به ومن ضرورة كونه احق بالعين وجوب الرد على الآخذ ولانه فوت عليه يده بالاخذ
واليد لصاحب المال في ماله مقصود بها يتوصل الى التصرف والانتفاع ويحصل ثمرات الملك فيلزمه نسخ فعله
دفعا للضرر واتم وجوهه رد عينه فهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا عنه لانها قاصرة
والكمال في رد الصورة والمعنى وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو ابراه عن الضمان
حال قيام العين يصح حتى لو هلكت بعده لا يجب الضمان ولولا ان الموجب الاصلي القيمة لما صح الابراء لان
الابراء عن العين لا يصح ولو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين وعدم وجوب
الزكوة فان الغاصب اذا كان له نصاب ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده فلا يجب عليه الزكوة اذا استغرق
النصاب بمقابلة قيمة المغصوب وهو معنى قوله ويظهر ذلك في بعض الاحكام قوله ثم قضى عليه ببدله
بناء على ان الحق متعلق بالعين وللناس اغراض في الاعيان فلا يقبل قوله بالهلاك حتى يحصل له غلبة الظن
بمضي مدة او باقامة بينة وهذا كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فانه يحبس الى ان يعلم ما يدعيه
من الافلاس ومدة التلوم موكول الى القاضي لان نصب المقادير بالرأي لا يكون واذا علم الهلاك سقط رده فيلزمه
رد بدله وهو القيمة وهذه المسئلة تدل على ان الموجب الاصلي رد العين ولو برهن المالك انه مات عند الغاصب
وقال الغاصب رددته فبينة الغاصب احق عند محمد رحمه الله لان وجوب الضمان بالغصب ثابت ظاهرا واثبات الرد عارض
والبينة لمن يدعي خلاف الظاهر وقال ابو يوسف رحمه الله بينة المالك احق لان حاصل اختلافهما في الضمان
وفي بينته اثباته قوله والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب ازالة اليد عن يد المالك باثبات اليد عليه
فلا يمكن تحقيقه الا فيما ينقل لا في العقار الذي لا يستطاع نقله وتحويله وغصب عقارا وهلك في يده بان
غلب السيل على الارض فبقيت تحت الماء او غصب دارا فهدمت بآفة سماوية او جاء سيل فذهب بالبناء
لم يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله وهو قول ابي يوسف
اولا يضمن لانه اثبت يده عليه على وجه تضمن تفويت يد المالك فيتحقق سببا للضمان كما في المنقول وهذا لان
الغصب اثبات يد المتغلب على مال متقوم محترم بازالة يد المالك عنه او ما يقوم مقامها بتفويت
تمكنه الاخذ لعمومه موارد استعمال لفظ الغصب شرعا وقد تحقق هذه الامور الثلثة في العقار فيتحقق
غصبه اما الاول وهو اثبات يد المتغلب فظاهر واما الثاني هو كون المحل مالا متقوما محترما فكذلك ظاهر
واما الثالث وهو ازالة يد المالك عنه فلانه اثبت يده عليه باقصى ما يتصور وجوده في العقار فيلزم زوال
يد المالك عنه لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة واذا تحقق الغصب يضمن الغاصب

كما في المنقول وجحود الوديعة ولهما ما قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله ان الغصب في اللغة اخذ الشيء ظلما على
ما نطق به مصنفات ارباب اللغة ولو اتفقت عليه مجموعا تاما وفي الشرع هو عبارة عن اثبات يد التغلب
على المال المتقوم المحترم بازالة يد المالك عنه او قام مقامها كتفويت تمكنه الاخذ بفعل التغلب في المحل مؤثر فيه اي
فعل يجعل المحل بحيث يسمى مفعولا به عن ذلك الفعل المتعدي اليه بدون معاونة الحرف الجار اما الاول والثاني والثالث
فلما سلم الخصم واما الرابع فلانه من اجزاء معناه اللغوي اذ الاخذ يتلو الثلث التي تقوم مقامها والمحل
الماخوذ يجعله فعل الاخذ بحيث يسمى مفعولا به عن الاخذ المتعدي اليه بدون معاونة الحرف الجار فاذا كان هذا المعنى
داخلا في معناه اللغوي وجب ان يكون داخلا في معناه الشرعي بالتاني لزيادة التغيير وهذا لان التاني للتغيير لما كان
نافي التغيير كان ابقاء التغيير الحاصل باخراج هذا المعنى الذي هو داخل في معناه اللغوي عن معناه الشرعي ولهذا
لو جلس على بساط غيره بغير اذنه لا يصير غاصبا وان وجد منه اثبات يد التغلب على مال متقوم محترم على وجه
يزول يد المالك عنه لانه لم يحوله ولم ينقله عن موضعه ولم يتحقق منه في البساط فعل مؤثر فيه بمعنى الذي
قلنا فعلم ان الغصب لا يتحقق في العقار فلا يضمن المستولي عليه بالتغلب في شيء بسببه وهو اثبات يد
التغلب عليه بازالة يد المالك عنه بفعل في المحل مؤثر فيه فان قلت تسمية الناس اياه غاصبا وفعله
غصبا من الدلائل على تحققه في العقار قلت انما يدل على ذلك لو كانت التسمية بطريق الحقيقة اما اذا
كانت بطريق المجاز فلا وعندنا تلك التسمية بطريق المجاز اذ المشابهة الثابتة من استيلائه على العقار
بالتغلب بمن غصب المنقول جوزت لهم تسميته غاصبا وفعله غصبا وهذا كتسمية البيع في قولهم نهى
النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحر مع ان حقيقة البيع فيه لا يتصور فان قلت بتفويت تمكنه الانتفاع على
المالك بغير فعل في المحل يثبت حكم الغصب بدليل وجوب الضمان على المودع بالامتناع عن تسليم الوديعة
اذا طلبها المالك مع القدرة على التسليم فوجب ان يثبت حكم الغصب هنا كما في جحود المودع لانه وجد
من المتغلب تفويت تمكنه الانتفاع بالعقار على مالكه قلت جاز ان يثبت حكم الغصب بتفويت تمكنه الانتفاع
على المالك في المنقول لانه يتصور ان يوجد في المنقول فعل يصير به الفاعل غاصبا للمنقول فجاز ان يلحق بذلك
الفعل تفويت تمكنه الانتفاع على المالك كجحود الوديعة ونحوه سد الباب العدوان واما العقار فلا يتصور فيه
فعل يصير به الفاعل غاصبا على ما مر فكيف يلحق به غيره على ان تمكنه الانتفاع بالدار ليس الا التمكن من الانتفاع بها
سكنى ودخولا وما عدا ذلك فهو شيء حكمي اندرج في تبع المتغلب تفويته على المالك وهذا التمكن لم يفت
على المالك بدخول المتغلب وسكناه فيها لان التمانع لا يتحقق في التمكن اليه وما حصل من زوال يد المالك عن الدار
انما حصل باخراج المتغلب عن الدار ومنعه اياه من الدخول والسكنى فيها وذلك فعل في المالك لا في المحل ولا
يجب به الضمان كما لو منع المالك عن الانتفاع بمنقول بتبعيده اياه عنها فان قلت لو احتج محمد والشافعي
بقوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبرا من ارض طوقه الله تعالى يوم القيمة من سبع ارضين فقد اطلق لفظ الغصب

على العقار وقلت فان النبي صلى الله عليه وسلم بين جزاء غاصب العقار بالوعيد في الآخرة ولم يذكر الضمان في الدنيا
وذلك دليل على المذكور جميع جزائه ولو كان الضمان واجبا لكان الواجب عليه ان يبين الضمان لان الحاجة اليه امس
فمن زاد عليه الضمان كان نسخا وذا لا يجوز بالقياس قوله وما نقص بفعله وسكناه بان يهدم بيتا او انهدم بسكناه
ضمنه عندهم لانه متلف لما انهدم بفعله والعقار يضمن بالاتلاف لان الاتلاف يتحقق فيه لانه فعل في العين
وجاز ان لا يضمن بالغصب ويضمن بالاتلاف كالحر قوله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله بان كان عمله الحدادة
او القصارة فوهى جدار الدار بسبب القصارة وانهدم كان يضمنه بالاجماع وعند الانهدام بسبب سكناه وعمله
في الضمان لانه اذا انهدمت الدار لا بسكناه وعمله لا ضمان عليه عندهما قوله واذا انتقص بالزراعة يغرم
النقصان لانه اتلف البعض العقار فيضمن بالاتلاف ويأخذ الغاصب راس ماله اي البذر وما انفق وما غرم من
النقصان ويتصدق بالفضل وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورته اذا غصب ارضا وزرع فيها
كر بر فاخرجت اربعة اكرار ونقصها الزراعة ما يبلغ قيمته كرا ولحقه من المؤن ما يبلغ كرا فاخذ منه ضمانا فانه
يتصدق بكر لانه زرع كرا ولحقه مؤنة كر وضمن قيمة كر فيفضل الخارج عن راس ماله بكر فيتصدق به لانه ربح ما لم
يملك قال ابو يوسف لا يتصدق به لان المنهي عنه ربح ما لم يضمن وهو قد ضمن وقد اختلفوا في تاويل نقصان
الارض قال نصير بن يحيى انه ينظر بكم هذه الارض قبل استعمالها وبكم تشترى بعد استعمالها فما تفاوت ما بينهما
نقصان الارض وقيل رجع محمد بن سلمة الى قول نصير قوله واذا هلك الغصب المنقول فهو المراد لما مر
ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب لانه السبب للضمان وعند العجز عن رده يجب القيمة
على قول من جعل الموجب الاصلي رد العين او يقرر القيمة بذلك السبب على قول من جعل الموجب الاصلي القيمة ولهذا
يعتبر قيمته يوم الغصب قوله وبخلاف المبيع معطوف على بخلاف المراجع السحر مطلقا بقوله بعد ورد
عنه يجب رد قيمته فان المبيع لو اعور في يد البائع لا يجب شيء في مقابلته ولكن يتخير المشتري بين ان ياخذه بكل
الثمن او يتركه لانه ضمان عقد والعقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف اما ضمان الغصب فمتعلق بالفعل والفعل
حل الذات بجميع الاجزاء والاوصاف فكانت مضمونة قوله ومراده غير الربوي اما في الربوي بان غصب
حنطة فعفنت عنده او ما قضة فهشم في يده او يكسر الدراهم او الدنانير فصاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك
بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله وهذا عند الربوا وقال الشافعي رحمه الله ان يضمنه النقصان
بناء على اصله ان للجودة والصنعة في اموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو اوجبنا
مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة
والصنعة فلمراعاة والتحرز عن الربوا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا ولهذا قلنا لو استهلك
فضة غيره فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا قوله لانه يؤدي الى الربوا لان يضمن النقصان
مع استرداد الاصل كان اعتياضا عن صفة الجودة والصنعة ولا قيمة لها في الاموال الربوية قوله

قوله ومن غصب عبدا فاستغله اي آجره واخذ غلته فنقصته الغلة ضمن النقصان لما مر ويتصدق
بالغلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير
المستعار واصله ان الغلة للغاصب عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لان المنافع لا تتقوم الا
بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذي جعل منافع العبد بعقده مالا فكان هو اولى ببدلها ويؤمر
ان يتصدق بها لانها استفاده بسبب خبيث وهو التصرف في مال الغير والحكم يثبت مضافا
الى سببه فلا بد من ثبوت الخبث فيها لحكم ذلك السبب ويستدل بمثلها التصدق نعم الملك يثبت فيها
بالاستفاد لكن الاستناد ثابت من وجه دون وجه ولهذا اظهر في القائم لا في الفائت فلا يزول به الخبث
ولابي يوسف رحمه الله ان هذا الربح حصل في ضمانه وملكه فيطيب له كالمبيع اذا اكتسب بعد القبض اما
الضمان فلان المغصوب دخل في ضمان الغاصب واما الملك فلانه يملكه من وقت التعدي اذا ضمن
بطريق الاستناد قوله لان الخبث لاجل المالك وهذا جواب سؤال وهو ان يقال القيمة دين في ذمته
وهذه الغلة ملكه ولكن هي واجب التصدق لخبثها ومن قضى دينه بمال الصدقة كان عليه ان يتصدق
بمثله قلت نعم ولكن التصدق هنا لم يكن حتما عليه الا ترى انه لو سلم الغلة الى المالك مع العبد كان
للمالك ان ياخذ لكن ليس على الغاصب شيء آخر فهو بما صنع صار مسلما الى المالك حكما فصار المالك
مبرئا عن ذلك القدر من القيمة بما قبضه فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصدق بعوضه
قوله وهذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اليه كالعرض لان العقد يتعلق حتى لو هلك قبل القبض
بطل البيع فيستفيد الرفقة والبدل في المبيع بملك خبيث فيتصدق به قوله وقال مشايخنا رحمهم الله
لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال ان يشار اليه المشتري قبل ان يضمن وبعد الضمان
لا يطيب الربح بكل حال هو المختار وحاصله انه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة والشبهة
بين الخبث والاسنع الدراهم لا الشبهة لانه اذا اشار ولم ينقد استفاد بالاشارة جواز العقد لتعرف
النقد والمقدار واذا نقد ولم يشر استفاد بها سلامة المشترى فاما ان يتصدق عنها عوضا فلا يثبت
الا الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الخبث قوله لان الخبث في الغلة كان لحق
المشتري فلا يزول بالوصول اليه الا اذا كان لا يجد غيره الذي غير الغلة ساو بدل
الاجر او مال الغلة او الحاصل بالاستغلال لانه يحتاج اليه فلما كان هو محتاجا صار هو كسائر الفقراء
او خاصة في ملكه الذي هو مستحق الصرف الى الفقراء قوله لم يتصدق بشيء هو قولهم جميعا لان الربح لا يتبين
الا عند اتحاد الجنس لان الربح فضل والفضل انما يكون بعد المساواة والمساواة انما يتحقق عند التجانس
ولا تجانس فلا تساوي فلا فضل ولان الخبث يعمل في التصدق لا في الضمان لان الانسان لا يضمن باتلاف ملك
نفسه ولا يمكن التصدق هنا الا بواسطة الضمان فلا سبيل الى الضمان فيسقط اصلا والله اعلم

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب لما ذكر مقدمات الغصب من بيان معناه لغة وشرعا ومن أحكام الضمان وما يتعلق به الغصب وما لا يتعلق ذكر في هذا الفصل كيفية ثبوت الملك للغاصب عند أداء الضمان وما يتعلق بها **قوله** حتى زال اسمها احترازا عما إذا غصب شاة غيره وذبحها حيث لم يزل ملك مالكها منها بمجرد الذبح في ظاهر الرواية لأنه لم يزل اسمها لأنه يقال شاة مذبوحة وشاة حية **قوله** وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف إذا اتخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عند أبي يوسف لأنه يؤدي إلى الربوا وعند الشافعي يضمنه وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع ويشترى حنطة مثل حنطته فإن مات الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء لأنه زال ملكه وبدله بسبب لم يرض به ولو زال الملك بسبب هو راض به كالبيع لا يسقط حقه إذا ارتكب بدله بغير رضاه بأن قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع فههنا أولى أن لا يسقط حقه وللشافعي أن العين باقية فبقي على ملكه ويتبعه صنعته لأن المالك صاحب أصل والغاصب صاحب صفة والصفة قائمة بالأصل تابعة للموصوف فيرجح صاحب الأصل على صاحب التبع وهذا لأن الدقيق حنطة فرقت أجزاؤها وتفريق الأجزاء لا يوجب انقطاع حق المالك كالقطع في الثوب وفي الذبح والسلخ والتأريب الشاة ولأنه فعله عدوان لا يصلح سببا للملك فيلغو فعله ويلحق بالعدم وصار كالحنطة وقعت في الطاحونة وصارت دقيقا فإنها تكون للمالك تحقيق ما قاله أصحابنا أنه استهلك الحنطة وحصل عينا آخر يسمى دقيقا فيكون المستهلك مضمونا عليه بمثله والمحصل له لأنه كسبه والكاسب أحق بكسبه وإن كان في محل مملوك للغير لأن الحكم يضاف إلى العلة لا إلى المحل وهذا لأنه يبدل الاسم والهيئة والمقصود وكل موجود من الحوادث يعرف بصورته ومعناه فتبدل الهيئة والاسم دليل على المغايرة صورة وتبدل المقصود دليل على المغايرة معنى إذا ثبت المغايرة بينهما وقد ثبت الثاني فيكون الأول مستهلكا ضرورة لأن الشيء الواحد يستحيل أن يكون شيئين وإذا هلك الأول بفعله صار ضامنا مثله والدقيق حادث بفعله فيكون ملكا له والصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه فصارت الصنعة راجحة في الوجود وترجيحه يرجع إلى الحال والرجحان في الذات أحق من الحال لأنها تابعة للذات وفعله إنما صار محظورا من حيث تفويت يد المالك عن المحل لا من حيث إحداث الصنعة ومن حيث إنه محظور لا يوجب الملك والذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية والسلخ والتأريب لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحقق ذلك المقصود فلا يكون في ذلك تبديل العين فبقيت مملوكة لصاحبها وهذا الوجه شامل للفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها يعني وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فإنه إذا غصب دقيقا فخبزه أو غزلا فنسجه أو قطنا فغزله أو سمسما فعصره يسقط حق المالك فكان هو بالخيار على ما يجيء **قوله** والقياس أن يكون له ذلك أي يجوز قبل أن يؤدي الضمان بناء على أن ملكه في هذا العين حدث بكسبه لأن هذا الدقيق غير الحنطة فيكون غير المغصوب لأن المغصوب

الحنطة والدقيق غيرها بدليل تغايرهما اسما وهيئة ومقصودا وحكما وتبدل الاسم والهيئة دليل على المغايرة صورة وتبدل الحكم المقصود دليل على المغايرة معنى فثبت المغايرة بينهما صورة ومعنى على وجه لا يجوز أن يحصل لها المعتذر إعادة الدقيق حنطة ومن ضرورة ثبوت الثاني انتفاء الأول لاستحالة أن يكون الشيء الواحد شيئين فإذا انتفى الأول بفعله صار ضامنا مثله وملكه بوجوب الضمان ضرورة انتفاء حق المالك عن الأول إلى الضمان وهذا الشيء سبيل على الثاني بوجه من الوجوه فيكون خاصا بفعل الغاصب وفعله سبب صالح لإفادة الملك له في الثاني فيضاف إليه الملك الثابت في الثاني لأنه ليس لغيره بالإجماع فيكون له بهذا السبب فيكون كسبه فيحل له أكله وينتفع به لقوله صلى أن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وهذا معنى قوله ووجهت ثبوت الملك المطلق للتصرف وجه الاستحسان ليس له أن ينتفع به ما لم يؤدي الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضي ويقضي القاضي عليه بالضمان لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة رجل من الأنصار فقدم إليه شاة مصلية فأخذ لقمة يلوكها ولا يسيغها فقال إنها تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الأنصاري كانت شاة أخي ولو كانت أعز منها لم ينفس عليها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع فقال صلى الله عليه وسلم أطعموها الأسارى فأمر بالتصدق بها سأل منها أن الغاصب قد ملكها لأن مال الغير يحفظ عليه عينه إذا أمكن وثمنه بعد البيع إذا تعذر عليه حفظ عينه فإن قلت إنما يتصدق عندكم بالربح لا بأصل المضمون فيكون الحديث متروك الظاهر فلا يصح الاحتجاج به قلت روي عن محمد رح أنه يتصدق بالأصل قبل أداء الضمان على ما نقول أن الحديث لم يملك الأول قد انقطع وأنه يتصدق بالأصل إلا أنا تركنا أحد الحكمين بدليل وهو التصدق بالأصل فبقي الباقي على ظاهره وهو حرمة الانتفاع فإن قلت يشكل على هذا التصدق باللقطة ولا شك أنها مال الغير مع أنه أمر الملتقط بالتصدق إذا كان غنيا قلت إنما يتصدق بها بعد التعريف للعجز عن إصابة المالك وعن صيانة المال وههنا المالك معلوم فلا يجوز التصدق إذا لم يزل ملك المالك لأنه لا يباح التناول للغاصب قبل الإرضاء ولأن في إباحة الانتفاع به قبل أن يرضيه كان فتح باب تناول أموال الناس بالباطل فيحرم قبل الإرضاء حسما لمادة العدوان ونفاذ بيعه وهبته لثبوت ملكه لجهة محظورة كالمقبوض بالبيع الفاسد وإذا أدى البدل أباح له التناول لأن حق المالك صار موفى في البدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا إذا أبرأه لأن حقه يسقط بالبراءة وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه المالك وحكم الحاكم بالضمان لوجود الرضا منه لأن الحاكم لا يضمنه إلا بعد طلبه فكان راضيا به ثم عند أبي يوسف فيما إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها أباح الانتفاع قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولم يبق عين يتعلق به حق المغصوب منه فأباح الانتفاع به بخلاف غيرهما لقيام العين فيه من وجه **قوله** وما لا يملكها الغاصب وعليه مثله لتبدل الاسم بالصنعة والمقصود فالتبر والنقرة لا يصلح رأس مال الشركة والمضاربة والمضروب يصلح لذلك فصار كالمسألة المتقدمة ولأن ما زاد فيه الصنعة ملك

الغاصب لحصوله بفعله والأصل ملك المغصوب منه ولا يمكن مراعاتهما جميعاً فيجب قطع أحد الحقين بالآخر لكنا لو قطعنا حق الغاصب عنه ينقطع بلا بدل لأن ما زاد فيه زاد بفعل الغاصب وفعله لا يتقوم إلا بالعقد ولم يوجد ولو قطعنا حق المالك عنه ينقطع ببدل وهو الضمان لأن ماله فيه متقوم في ذاته فكان نحو المالك أولى بالانقطاع لأنه أقل ضرراً وصار كمن غصب صفراً أو نحاساً فجعله آنية أو سيفاً أو سكة ينقطع حق المالك عنه بالضمان بعين ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه أن اسم العين لم يتبدل لأن اسم العين الذهب والفضة وهو باق بعد الصنعة ومعناه الأصلي الثمنية وكونه موزوناً لا ينفك عن الذات حتى جرى فيه الربا باعتبار الوزن وصلاحيته لرأس مال الشركة والمضاربة من حكم الصنعة العين والصنعة فيهما غير متقومة مطلقاً ألا ترى أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وفيما سواه متقومة مطلقاً وبقي الاسم والمعنى الأصلي فيستدل على بقاء العين المغصوبة ولأن الذي أحدث صنع الغاصب جودة وهي غير مرعية في الأموال الربوية ولهذا لو غصب حلياً فكسره فاسترده المالك مكسوراً ليس له أن يضمنه الجودة وحق المالك متقوم من كل وجه فكان مراعاته أولى لأنه حق مرعي في الأموال الربوية وغيرها وحق الغاصب في الصنعة حق غير مرعي في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها وكان مرعياً من وجه دون وجه وكان مراعاة ما هو متقوم من كل وجه أولى بخلاف النحاس إذا عمله آنية لأن الجودة ثمة مرعية سواء قوبل بجنسه أو بخلاف جنسه **قوله** ومن غصب ساجة بالجيم وهي الخشبة العظيمة جداً وحسبه المنحوتة المهيأة للأساس كذا في المغرب **قوله** فبنى عليها زال ملك مالكها اعلم أن هذا الحكم الذي ذكر في الساجة من زوال ملك مالكها إذا بنى على الساجة فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة أما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مالكها ذكره في الذخيرة **قوله** والوجه من الجانبين قد مر في أول هذا الفصل **قوله** واخرلنا فيه أي لمالك الآخر **قوله** فما ذهب إليه إضرار للغاصب إلى آخره يعني لا بد من الحاق الضرر بأحدهما أما في حق الغاصب فكما قال الشافعي رحمه الله بأن يهدم بناءه ويرد الساجة إلى صاحبها وأما في حق المالك ففيما قلنا إلا أن في إضرار الغاصب إهدار حقه في العين مع رعاية المالية بإيجاب الضمان على الغاصب وأما في إضرار المالك إهدار حقه في العين والمالية فكان التزام أقل الضررين أولى **قوله** إذا أدخل اللوح المغصوب في سفينة فصورة المجمع عليها في هذا إذا كانت السفينة في لجة البحر ليس للمالك أن ينزع لوحه منها لأن فيه تلف الناس فإن رجع خاف التلف حل له أن يغصب حتى إن السفينة إذا كانت واقفة كان له النزع عند الشافعي كذا في الأسرار **قوله** أما إذا بنى على الساجة الحاجز لكن هذا ضعيف فإنه لو غصب نقرة والحديد منها عروة مزادة انقطع حق المالك عنها وهو في هذا العمل متعد فيها لأن عمله في ملك الغير فدل أنه لا فرق بين أن يكون عمله في ملك الغير أو في ملك نفسه وهو الصحيح **قوله** ومن خرق ثوب غيره لفظ الثوب يحتمل ما يلبس كالقميص وما لا يلبس كالكرباس **قوله** ومن خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً فصاحبه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب كل قيمة ثوبه وكان الثوب للغاصب لأنه مستهلك



من وجه فإنه لا يصلح لجميع ما كان صالحاً له قبله فإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعيب من وجه لكونه قائماً حقيقة ولذا بعض المنافع قائم وإن خرقه خرقاً يسيراً ضمن الغاصب نقصانه وأخذ رب الثوب ثوبه لأن العين قائم من كل وجه فهذا القدر من الخرق لا يخرج من أن يكون صالحاً لما كان صالحاً قبله وإنما يمكن النقصان في قيمته فضمنه ذلك النقصان والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان لأن محمداً رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً والفائت به بعض المنافع **قوله** ومن غصب أرضاً إلى آخره لقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق بتنوين عرق على وجه الصفة والموصوف كذا في المغرب أي لذي عرق ظالم ولأن الأرض لا تغصب فبقي حق المالك كما كان والغاصب جعلها مشغولة فيؤمر بتفريغها **قوله** فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعاً ويكون له ومعناه قيمة بناء وشجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر وبناء أمر بقلعه فيضمن فضل ما بينهما لأن فيه رعاية للجانبين وفي وضع المسألة إشكال لأنا بينا أن الغصب لا يتصور في العقار والجواب أن الغصب الموجب للضمان لا يتصور فيه لا أصل الغصب ألا ترى إلى قوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين ولأن المجاز سائغ في كلام العرب فيجوز أن يستعمل فيها مجازاً لتصوره بصورة الغصب **قوله** وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ بالرفع والسمن بالنصب أي يغرم السمن لأنه مثلي حدث باتصاله بملكه والصبغ لم يتقوم مثلهما قبل اتصاله بملكه لامتزاجه بالماء **قوله** بخلاف الساجة بالحاء المهملة جواب عن قوله اعتباراً بفصل الساجة يعني في فصل الساجة يؤمر بالقلع إذا لم يكن الأرض تنقص بالقلع من غير اعتبار الجانبين **قوله** لأن النقصان الحاصل من بناء المنقوض كالخشب والآجر إلى الغاصب **قوله** قال أبو عصمة في أصل المسألة أي في قوله ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر إلى آخره بهذا القدر يشير هم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة وغيره متصل بما قبله من مسألة الانصباغ وإن كان حكمه كذا لكان أي قال في المتن ولو انصبغ الثوب بأن ألقت الريح الثوب فيضرب بالثوب بقيمة ثوب أبيض ورب الصبغ بقيمة الصبغ وهذا أحسن لأنه طريق إيصال حق كل واحد منهما إلى صاحبه معنى ويأتي قول أبي عصمة رحمه الله فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه أيضاً والجواب في السمن كالجواب في الصبغ إلا أنه يضمن السويق مثل لأنه مثلي وإن الإمساك والثوب حر في القيم **قوله** وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فإنه أجاب على ما شاهد في عصره من عادة بني أمية فإنهم كانوا يمتنعون عن لبس السواد وهما أجابا على ما شاهدا في عصرهما من عادة بني العباس بلبس السواد **قوله** وقيل إن كان ثوباً ينقصه السواد أي لو كان يزيد في قيمة بعض الثياب وينقص من قيمة بعض الثياب كالقصب ونحوه فإن كان المغصوب ثوباً ينقص السواد من قيمته فالجواب ما قال أبو حنيفة وإن كان ثوباً يزيد السواد في قيمته فالجواب ما قالا لأنه بمنزلة الحمرة والصفرة **قوله** وإن كان ثوباً ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً وتراجعت قيمته بالصبغ إلى عشرين درهماً فعن محمد رحمه الله أنه ينظر إلى ثوب

يريد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم من الغاصب لان صاحب
الثوب استوجب عليه نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة
فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة اعلم صبغ الثوب لا يخلو اما ان
يكون بالسواد او بغيره وكل واحد منهما لا يخلو اما ان يوجب الزيادة او النقصان ثم كل واحد من النقصان
وغيره ان كان بفعل احد او بغير فعل احد ولو كان بفعل احد فلا يخلو اما ان كان ذلك الفاعل صاحب الثوب
او صاحب الصبغ او غيرهما وذلك الغير اما ان كان حاضرا او غائبا وهذه الاقسام كلها مذكورة في
الايضاح ثم ذكر في المتن هو الذي ذكرناه فلا يحتاج الى اعادته واما الذي لم يذكر في المتن فهو ان صاحب
غصب العصفر وصبغ به ثوبه فهو ضامن لمثل ما اخذ لانه استهلكه فيضمن المثل ان قدر عليه
وان لم يقدر فهو على الاختلاف الذي ذكرنا فيما ينقطع من ايدي الناس وليس لصاحب العصفر ان يحبس
الثوب في شيء من ذلك لان الثوب اصل وصار الصبغ فيه كالهالك والسواد في هذا الوجه بمنزلة العصفر
على قول ابي حنيفة رضي الله عنه ايضا لان ما لك الثوب مستهلك للسواد فلما فرق بين ان يزيد قيمة الثوب او ينقص
ولو وقع الثوب في صبغ احد فانصبغ فقد ذكرناه ولو غصب انسان ثوبا من رجل وصبغه بعصفر لاخر
ثم ذهب الفاعل فالقول فيه كما اختلط بغير فعل احد استحسانا والقياس ان لا يكون لصاحب الثوب على
ما في الثوب سبيل لانه وجب الضمان على الغاصب ولا ينقطع حق صاحب الصبغ وجه الاستحسان هو انه اذا لم يعرف
الفاعل تعذر الزام الحكم عليه صار كانه حصل من غير فعل احد فصل لما ذكر مقدمات الغصب
وذكر ايضا تفصيله ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل
الغصب كما هو دأب المصنفين قوله وقال الشافعي لا يملكها بناء على ان الغصب عدوان
محض فلا يكون موجبا للملك لانه حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعا والتعدي لا يكون مشروعا
لان ادنى درجاته ان يكون مباحا والتعدي لا يكون مباحا وصار كغصب المدبر بقرينة ما قاله اصحابنا
ان المالك ملك بدل المغصوب بكماله اي رقبة ويدا فوجب ان يزول ملكه عن المبدل الى من وجب
عليه البدل اذا كان المبدل محتملا للنقل عن ملك الى ملك دفعا للضرر عنه وتحقيقا للعدل كما في ساير
المبادلات وهذا لان الضمان بدل العين حتى يقدر بقيمة العين والاصل في الضمان ان يجب بقدر ما فوت
لان العدل انما يتحقق بايجاب مثل الفائت فاذا سلم الملك في البدل يدا وذا ما جعلناه مقابلا
بالاصل يدا وذا اما ان زوال ملكه عن المغصوب شرطا لحكم شرعي وهو الضمان لانه شرع جبرا ولا جبر
مع بقاء الاصل على ملكه اذ الجبر بعد الفوات وشرط الشيء تابع له فصار حسنا بحسنه وانما
يقبح لو كان الملك ثبت بالغصب مقصودا فان قلت لو كان شرطا القضاء بالقيمة زوال ملكه عن العين
او كان الضمان بدلا عن العين لزوال الملك به عن المدبر كما لو قضي بجواز بيع المدبر قلت نعم يزول
المدبر به عن ملك المولى لكونه مالا مملوكا تحقيقا للمدبر مقابلة الفائت وهو اليد دون الرقبة لانه غير قابل
للنقل من هذا الطريق جائز ولكن لا يتصل اليه عن المقابلة بالرقبة الا عند الحجر لان فيه اجتماع البدل والمبدل
في ملك احد وهو عدوان عن ... البدل قوله نعم جواب عما يقال لا نسلم بان المدبر غير قابل للنقل من ملك الى
ملك بل هو قابل فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه يجوز البيع وينفسخ التدبير فاجاب عنه وقال نعم
كذلك الا ان هناك انفسخ التدبير في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فحينئذ كان البيع مضافا الى القن
قوله خلافا لما قال الكرخي رحمه الله فانه يقول الخيار له لانه لم يرض بدل ملكه بكماله وجه الاصح ان الخيار
لفوت الرضا ورضاه لم يتم حيث لم يعط ما يدعيه وجاز ان يكون قيمته مثل ما ضمنه عند المقومين او اكثر
مثله عنده فلا يرضى به وقد لا يرضى الانسان بزوال العين عن ملكه بقيمته فاذا اختار المالك اخذ
المغصوب للغاصب ان يحبسه حتى ياخذ القيمة التي دفعها اليه لانها مقابلة به بخلاف المدبر لانه ليس بمقابل به
قوله وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه والفرق بين الملك الثابت للغاصب فيه ناقص لثبوته مستندا او الثابت
بطريق الاستناد ثابت من وجه دون وجه او ضرورة اداء الدليل ثابتا في ثبوت الملك بالغصب لكونه عدوانا والملك
نعمة وانما يثبت الملك له ضرورة القضاء بالضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد والثابت ضرورة
ثابت من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد لان الملك يثبت شرطا للقضاء بالقيمة
والولد غير مضمون عليه بالقيمة ولم يوجد الانفصال ليس بتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب لانه
بدل المنفعة فيكون تبعا محضا وثبوت الحكم في التبع بثبوته في المتبوع سواء ثبت في المتبوع مقصودا او نسبة
او شرطا لغيره ولان ملك الكسب اسرع نفوذا من ملك الولد بدليل ان الغاصب اذا آجر المغصوب
ملك الاجر ولو اولده لا يملك مع الملك الناقص يكفي لنفاذ البيع والكفي للعتق فالمكاتب يملك البيع ولا
يملك العتق لنقصان ملكه قوله وولد المغصوبة اعلم ان زوائد الغصب امانة متصلة كانت كالسمن
والجمال او منفصلة كولد المغصوبة وثمر البستان فان هلك في يد الغاصب لا يضمن الا ان يتعدى فيها
او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رحمه الله زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت
او منفصلة بناء على انها حدثت من اصل مضمون عليه بالتعدي فيكون مضمونة كنفسه احرزت
من الحرم فولدت في يده لان ضمان الاصل انما لزمه باثبات يد مبطلة عليه وهذه الدلالة بعينها على الزيادة
لحدوثها في يده فيصير مغصوبة ضرورة يقرر ما قاله اصحابنا ان الزوائد ليست مغصوبة فلا
يكون مضمونة بضمان الغصب لا يكون بدونه استحالة الحكم بلا سبب وهذا لان الغصب اثبات اليد على
مال الغير لنفسه على وجه يفوت يد المالك وذا لم يوجد في الولد لان المغصوب ازالة عما كان في يده
او بازالة يمكنه من اخذ ما لم يكن في يده ولم يكن الولد في يد المالك قط ولم يزل عنه واحد بحصوله في دار
الغاصب ما لم يمنعه الغاصب منه فلا يكون مضمونا عليه حتى لو منع الولد بعد طلبه ضمنه لتحقق التفويت

معصية عندنا المنع **قوله** وفي ولد الظبية اذا هلك قبل تمكنه من الرد الى الحرم لا يضمن لعدم المنع
وانما يضمنه اذا هلك بعده لان الحق في صيد الحرم للشرع وهو يطالبه برد الاصل مع ولده الى ما
منه فوجد المنع منه بعد الطلب وهو سبب الضمان ولان الضمان في صيد الحرم ضمان اتلاف معنى الصيدية لانه
بالحرم آمن صيدا وذلك في نفوره وبعده عن ايدينا فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية حكما
وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد فاما الاموال المحفوظة بالايدي فانما يجب الضمان فيها بتفويت الايدي
لا باثبات اليد عليها **قوله** ولهذا يتكرر اي الجزاء يتكرر ردها اي يتكرر رد هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج
الصيد عن الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب
الرد بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا اولى لانه يوافق رواية المبسوط حيث جعل
هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي المغصوب اذا وصل
المغصوب الى المالك ثم غصب لا يجب على الغاصب شيء لكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب وهذا
الذي ذكرنا كله في الزوائد المنفصلة اما الزوائد المتصلة كالسمن والجمال فهي امانة ايضا في يد الغاصب
عندنا حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن قيمتها وقت الغصب ولا يضمن الزيادة وعند الشافعي
هي مضمونة كما في المنفصلة على هذا الاختلاف لو ازدادت قيمتها من غير زيادة في يده ثم هلكت
الجارية لم يضمن الغاصب الا قيمتها وقت الغصب عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن قيمتها يوم الهلاك
لان من اصله ان سبب الضمان اثبات اليد واليد مستدامة وعندنا سبب وجوب الضمان تفويت يد المالك
وذلك بابتداء الغصب فيعتبر قيمتها عند ذلك اما لو باع الجارية بعدما ازدادت قيمتها بالزيادة المتصلة
او غصب حيوانا وازدادت في يده خيرا فباعه الغاصب وسلمه الى المشتري فان كان قائما اخذه صاحبه
وان كان هالكا فهو بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم غصب وان شاء ضمن المشتري قيمته يوم القبض
وليس له ان يضمن البائع قيمته الزائدة بالبيع والتسليم وقالا له ان يضمن البائع قيمته الزائدة بناء على
ان الزيادة امانة فيضمن بالبيع والتسليم كالزيادة المنفصلة ولابي حنيفة رحمه الله انه لا يمكن ان يضمن
الزيادة مع الاصل لان ضمان الاصل وجب بالغصب لا يتصور ايجابه بالتسليم لان اثبات اليد الثابتة يستحيل
ولا يمكن تضمينها بدون الاصل لانها تبع الاصل فلا تفرد عن الاصل بضمان الغصب فامتنع التضمين
ضرورة **قوله** وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه والولد
ملكه لا يكون جابرا لملكه لان الضمان لجبر ما فات عليه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم فان نقصان
الام بالولادة لا ينجبر كما لو هلك الولد قبل الرد او هلكت الام وبالولد وفاء وكما لو جز صوف شاة غيره
فنبت آخر او قطع شجر غيره فنبت آخر مكانه او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فانتقص بها وازدادت
قيمته فانه يضمن النقصان ولا ينجبر مع ان سبب الزيادة والنقصان متحد بغير ما قاله اصحابنا

ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدوث مالية
الولد لانه وان كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا حتى لم يجز بيعه وهبته وانما صار مالا مقصودا
بالانفصال واذا اتحد سبب الزيادة والنقصان لم يعد ظهور النقصان فانعدم الضمان كالبيع فانه يزيل
المبيع عن ملكه ويدخل الثمن في ملكه فلا يعد نقصانا حتى لو شهد شاهدان على رجل ببيع شيء بمثل قيمته ثم رجعا لم يضمنا
شيئا وصار كما لو غصب مهزولة فسمنت ثم هزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها فنبتت مكانها اخرى او قطع
يدها واخذ الغاصب ارشها فردها مع الارش فانه يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع ولئن سلم
فمد الولد لا يصلح ان يكون خلفا عن الجزء الفائت لانه مضمون بنفسه فلم يجز ان يؤدي به ضمان غيره بخلاف مسئلتنا
واما اذا ماتت الام وبالولد وفاء بقيمتها ففيه روايتان عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يبرأ برد الولد وفي رواية
لا ينجبر لان الولادة في الغالب ليست بسبب موت الام فلم يتحد سبب الزيادة والنقصان واما اذا مات
الولد قبل الرد فلانه يشترط لبراءة الاصل رده فكذا لا بد من رد خلفه فاذا لم يرد الولد الذي هو خلف
عن النقصان لا يبرأ والخصي لا يعد زيادة في المالية لانها انما يتحقق برغبة الناس وهي ليست بمرغوبة عند
العامة وانما رغب فيه بعض الجهال لظنهم ان الخصي كالمحرم ولم يتحد السبب في الباقي كما قال في المبسوط قوله ان ملكه
لا يجبر ملكه قلنا نحن نسعى بمنع ظهور النقصان فلا يحتاج الى الجبر **قوله** ومن غصب امة فزنى بها فحبلت
عند الغاصب فردها فهلكت بالولادة ضمن الغاصب يوم علقت وقالا لا يضمن الا نقصان الحبل لان
الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بعيب وذلك يوجب ضمان النقصان عليه وهلاكها بعد الرد
بسبب حادث كما حق وجع المبسوط بغير ما قاله ابو حنيفة رضي الله عنه انه غصبها فارغة وردها
غير فارغة اي غصبها وليس بها سبب الهلاك وردها وبها ذلك فلم يصح الرد لان الرد نقض الاخذ وانما
يكون نقضا له ان لو كان المردود وقت الرد على ما كان عليه وقت الاخذ كما لو جنت عند الغاصب فردها
على المالك فقتلت في يده بتلك الجناية قصاصا رجع على الغاصب بقيمتها وانما قلنا ذلك لان الحبل
يوجب انفصال الولد والانفصال سبب الالم والالم سبب الموت وكان الموت مضافا الى الحبل بخلاف
تلك المسائل اما في الحمى فلان الهلاك ثم يضعف القلب وعجز الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذلك
لم يحصل بالحمى الاولى التي كانت عند الغاصب لانها غير موجبة لما بعدها وبخلاف الجلد لان الزنا يوجب
ضربا مؤلما غير جارح ولا متلف ومثله المسع ممنوع عنه بريح بجمع الثمن عنده بخلاف الحرة اذا زنى بها
رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها لان الحرة لا تضمن بالاخذ والغصب ليبقى الضمان عند الهلاك كذا
ذكره في فتاوى قاضي خان رحمه الله **قوله** ولا فرق في المذهبين بينهما اي في الحكم وهو عدم وجوب الضمان عندنا
والوجوب عنده اذا عطلها او سكنها وقال مالك رحمه الله ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه
بناء على ان المنافع تضمن بالاتلاف والسكنى اتلاف والتعطيل غصب ولا يضمن بالغصب صورة غصب المنافع

ان يغصب العبد او الدار ويمسكه شهرا ولا يستعمله ثم يرده على سيده وصورة اتلاف المنافع ان يستعمل
العبد شهرا او يسكن الدار ثم يرده على المالك وعند الشافعي يضمنها فيجب اجر المثل سواء عطلها
او استعملها لحصول ما قاله الشافعي ان المنافع اموال متقومة بالعقود فكذا بالغصوب كالاعيان
وهذا لان المال اسم لما هو غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي والمنافع بهذه الصفة ولهذا اصلح صداقا
والمشروع هو الابتغاء بالمال الا ترى ان الاجارة من التجارة وهي مبادلة المال بالمال والماذون في
التجارة يملك الاجارة ولا يملك مبادلة مال بما ليس بمال والاعيان انما كانت اموالا باعتبار ما يتعلق
بها من المنافع ولهذا بطل مالية العين اذا قل الانتفاع به فاذا كانت الاعيان اموالا باعتبار منافعها
فلان يكون المنافع اموالا بانفسها اولى وهي متقومة لان التقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة
عند الناس ولهذا يبذلون الاعيان لاجلها الا ترى انها تقوم بتقوم الاعيان فاستحال ان لا تكون متقومة
ولانه اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا والاعتياض عما ليس بمتقوم لا يجوز كالخمر وحجته ضعيفة ولنا
ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما حكما في ولد المغرور انه حر بالقيمة واوجبا على المغرور رد الجارية
مع عقرها ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان يستخدمها وقد طلب المدعي جميع حقه
فلو كان ذلك واجبا لما حل لهما السكوت عن بيانه ولان المنافع حدثت على ملك الغاصب فلا يكون
مضمونا عليه لان الانسان لا يضمن ملك نفسه وهذا لانها حدثت بفعله وكسبه وهي جزء والكسب للكاسب
لقوله صلى الله عليه وسلم كل الناس احق بكسبه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك فلا يتصور غصبها
واستهلاكها فلا يجب عليه ضمان الغصب والاستهلاك لانها اعراض لا تبقى وما لا يبقى لا يتصور غصبه واتلافه
لان اتلاف الشيء او غصبه انما يرد في حال بقائه فاذا لم يكن المنافع باقية استحال اتلافها وغصبها
ولانه اما ان يرد عليها الاتلاف قبل الوجود او في حال الوجود او بعده لا يجوز الاول لان اتلاف المعدوم محال
ولا الثاني لانه اذا اعترض على الوجود دفعه فاذا قارنه منعه ضرورة والاتلاف ابطال الوجود
لا المنع من الوجود ولا الثالث لانها معدومة في تلك الحال ولا يتصور اتلاف المعدوم ولئن سلمنا تصور
غصبها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما ان يضمن بالمنافع وهو باطل لم يقل
به احد فان الحجامة على قطع واحد بوجه واحد لا يضمن منفعة اخرى الحجر بالاخرى او بالاعيان
وهو باطل ايضا لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع اعراض لا تبقى والعين تبقى اوقاتا وبين ما لا يبقى وما يبقى تفاوت
عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع ولهذا لا يضمن الجيد بالرديء والعين بالدين ومالية
الشيء انما تثبت بالتمول وهو صيانة الشيء وادخاره للحاجة وذا لا يتصور فيها وكيف يكون متقومة والتقوم
لا يسبق الوجود والاحراز والاحراز لا يتصور فيما لا يبقى زمانين وانما يثبت حكم التقوم للمنفعة شرعا عند
ورود العقد عليها باعتبار اقامة العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة وبطل المجانسة لان

للرضا ان في ايجاب الاصول والفصول جميعا فالمال عند الشرط جميعا بلا اجر مال لا يجوز بيع عبد قيمته الف
بالوف وشيء آخر وذلك لا يثبت بالعدوان وكل ما ليس لا يتقوم الا بوصف به يتبع العرف بين الفرع والاصل فهو باطل
الا ما استثنى باستعماله مضمون عليه لانه اتلف اجزاء العين **قوله** بحدوثها في امكانه اي في تصرفه وقدرته
على وجه صرفها الى حاجته دون غيره **قوله** لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان اي الاعيان خير
من المنافع لسرعة فناء المنافع وبقاء الاعيان والمماثلة مشروطة في ضمان العدوان **قوله** واذا اتلف المسلم
خمر الذمي او خنزيره ضمن قيمتهما وان اتلفهما المسلم لمسلم لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى
هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي لذمي او باعهما ذمي من ذمي فعندنا يصح البيع وعنده لا يصح له انهما ليسا بمتقومين
في حق المسلم فوجب ان لا يكونا متقومين في حق الذمي ايضا لانهم اتباع لنا في الاحكام قال صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد
الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين فيصير كل حكم ثبت في حق المسلم ثبت في حق
الذمي لان عقد الذمة خلف عن الاسلام وكل حكم ثبت بالاسلام ثبت بعقد الذمة واذا سقط تقومهما في حق
الذمي فقد ورد الاتلاف على ما ليس بمتقوم فلا يكون سببا لوجوب الضمان وكذا الوارد عليه لا يصح لانه
لم يصادف محله وهو المال المتقوم فصار كما لو باع مسلم من مسلم خمرا ولنا انه اتلف مالا متقوما في حق المتلف
عليه فوجب ان يضمن كما لو اتلف ثوبه او خله وهذا لان الخمر مال متقوم في حق اهل الذمة لانها متقومة في شريعة
من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل ان ما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل وهو قوله تعالى رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ
فَاجْتَنِبُوهُ وحرمتهما لدليل السابق فيبقى حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل لان حرمته
الحر وفساد التقوم ثبتا بخطاب الشرع وقد امرنا بتركهم وما يدينون لمكان عقد الذمة فقصر الخطاب حيث
لم يعتقد وارساله المبلغ وانقطعت ولاية الالزام بالسيف او المحاجة لمكان عقد الذمة فصار كان الخطاب
غير نازل في حقهم فبقي الحكم على ما كان **قوله** بخلاف متروك التسمية عامدا على المستعمل فانه ولاية الالزام
بالمحاجة والدلائل ثابتة وقد ثبت لنا بالنص ان متروك التسمية حرام للشرع فلهذا لا يعتبر اعتقادهم
في ايجاب الضمان اعلم انه لو اتلف ذمي خمر ذمي ثم اسلم المتلف فعند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة
برئ عن الضمان لانه حين اتلف كان خمرا يضمن مثله وحين اسلم لا يجوز له تمليك الخمر من الذمي ولا يمكن
ايجاب قيمة الخمر عليه لانه حين اتلف لم يكن اتلافه سببا لايجاب قيمة الخمر عليه ولم يوجد بعد ذلك
سبب للوجوب وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه عليه قيمة الخمر لانه لا يمكن ايجاب الخمر
لانه ولا يمكن ابراؤه عن الضمان لان المتلف عليه ذمي والخمر في حقه متقوم وقد امكن ايجاب القيمة فيجب
وفي الخنزير يبقى الضمان باسلامهما او اسلام احدهما لان الواجب بغصب الخنزير القيمة والاسلام لا ينافيها
قوله والفرق ان هذا التخليل تطهير له فلا يضاف اليه التقوم والمالية لان نجاسة الخمر قابلة للزوال
لانها باعتبار الخمرية وقد زالت فصار التخليل كغسل الثوب النجس ومن غصب ثوبا نجسا وطهره رد

لانه زوال الثوب عن ملك المالك به كذا هكذا **قوله** فلما انه باق على ملك المالك يعني لان الجلد مال
متقوم للمالك فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك اذ الدباغ بمنزلة الغسل ويعطيه ما زاد الدباغ فيه
كما لو غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه فانه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه وجب
عليه الرد فاذا تعذر رد عينه باستهلاكه يجب عليه رد قيمته كما في المستعار وبه فارق الهلاك
بنفسه حيث لم يفوت قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بان يقضي لاحدهما بالدراهم
وللاخر بالدنانير اذ القاضي انما يقضي بما يسير بحيث في الاسواق وسايغ اما عند اتحاده بان قومهما بالدراهم
او بالدنانير فحينئذ يطرح عنه ذلك القدر ويوجد منه الباقي لانه لا فائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه
وله ان تقوم الجلد تابع لما زاد الدباغ فيه لان ظهور المالية والتقوم مضاف الى الدباغ والاصل غير
مضمون عليه بالقيمة وكذا التابع **قوله** في هذا الوجه اي الوجه الذي دبغه بشيء متقوم **قوله**
ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك اي مطلقا من غير خلاف **قوله** وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
اي بعد انقول ابي حنيفة واما عندهما فله ولاية التضمين فكان القول الثاني غير الاول لان المقيد
غير المطلق **قوله** وقيل يضمنه قيمته جلد مدبوغ اي على قولهما لان الكلام فيما اذا دبغه بشيء
له قيمة وفيه التضمين عندهما في الاستهلاك **قوله** ولو استهلكه الغاصب اي جلد الميتة الذي
دبغه بشيء لا قيمة له كالتراب والشمس يضمن قيمته مدبوغا وهذا بالاجماع لانه ليس فيه مال متقوم للغاصب
فكانت الدباغة اظهار المالية والتقوم فصارت كغسل الثوب **قوله** ولو استهلكه الغاصب
يضمن قيمته طاهرا غير مدبوغ لانه المحصل بوصف الدباغة فلا يضمنه والجمهور على انه يضمن قيمته مدبوغا
لان وصف الدباغة تابع للجلد فمتى صار الاصل مضمونا تبعه وصفه في الضمان **قوله** ولو خلل الخمر
بالقاء الملح فيه اعلم ان التخليل على وجوه ثلثة اما ان خللها بالنقل من الظل الى الشمس او بالقاء الملح
فيه او بصب الخل فيه ففي الوجه الاول الخل لصاحب الخمر بغير شيء لانه عين ماله وانما زال صفة الخمرية به
فصار كما لو تخللت بنفسها وهو نحو غسل الثوب النجس سواء فان استهلكه الغاصب بعد ذلك ضمن مثله
لانه استهلكه مالا متقوما خالصا للمالك وان خللها بالقاء الملح فيه فعند ابي حنيفة رضي الله عنه صار
ملكا للغاصب فلا شيء عليه وعندهما ياخذه المالك ويعطي الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ
الجلد وصبغ الثوب ومعناه هنا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل فان اراد المالك تركه عليه
وتضمينه فهو على ما قيل ينبغي ان يقرا هذان اللفظان بالوصل حتى يستفاد منه مراد صاحب
المتن فان مراده فهو على القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره قبل هذا بقوله ولو كان قائما
فاراد المالك تركه على الغاصب في هذا الوجه وتضمينه قيمته قيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما له ذلك فكان تعبيره بقوله فهو على ما قيل وقيل اي فهو على ما مر من قيل وقيل

حتى يستفاد منه معنى قوله فهو على القولين اللذين ذكرناهما **قوله** وان خللها بصب الخل فيها فعن محمد رحمه الله
ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا ضمان عليه لانه استهلك ما ليس بمتقوم وان لم يصر خلا الا
بعد زمان فان كان الخل المغصوب قليلا فهو بينهما على مقدار كيلهما لانه صار في المعنى خلط الخل
بالخل وهو ليس باستهلاك على اصل محمد رحمه الله وعلى قياس قول ابي حنيفة رضي الله عنه هو للغاصب في الوجهين
فلا شيء عليه في الوجهين لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند
محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لانه اتلف ملك نفسه وفي الوجه الثاني يضمن لانه اتلف ملك غيره
قوله وقال بعض المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه يعني قالوا للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها
بغير شيء لان المصبوب فيه يصير مستهلكا كما في الخمر فلم يبق متقوما **قوله** لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية
فسقط تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل باذن الشرع لانه ما فعله باذن الامر بالمعروف قال صلى الله عليه وسلم
بعثت لكسر المعازف وقتل الخنازير وقال اذا راى احدكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان
لم يستطع فبقلبه فان كان كسرها امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر باليد فلا يضمن كالذي لو فعله بامر
باذن الشرع وهو الامام لا يضمن فاذا فعله بامر الشرع اولى **قوله** ولابي حنيفة رضي الله عنه انه اتلف مالا
ينتفع به بوجه اخر سوى اللهو فلا يبطل قيمته لاجل اللهو كاستهلاك الامة المغنية لان الفساد مضاف
الى فعل فاعل مختار وجواز البيع والتضمين مبنيان على المالية والتقوم وقد وجدا والامر بالمعروف باليد الى
الامراء والولاة لقدرتهم وليس لغيرهم الا باللسان على انه يحصل بالاخذ والمنع بدون الاتلاف ويجب قيمتها
غير صالحة للهو كما في [illegible] **قوله** لان مالية المدبر متقومة الى الخمر ولكن لا يملك المدبر باداء الضمان
لانه لا يقبل النقل واختيار المالك تضمين احد الغاصبين ابرا للاخر لان الضمان لا يشرع الا بملك المضمون واذا
اختار تضمين احدهما فقد ملك المضمون منه فلا يكون له ان يملكه من الاخر الا ان يجدد غصبه والله

باب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب من حيث
ان في كل منهما تملك الانسان مال الغير بغير رضاه سوى ان الغصب في نفسه عدوان محض والشفعة مشروعة
باصلها ووصفها وكان من حقها ان يقدم لشرعيتها لكن الانسان احوج الى معرفة احكام الغصب لكثرة
وقوعه فلذلك قدمه اعلم ان الشفعة تملك البقعة بما قام على المشتري بالشركة او الجوار وهي ماخوذة من
الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع وسببها الاتصال وشرطها معاوضة
المال بالمال حتى لا تجب في المهر وركنها اخذ الشفيع اما من البايع او من المشتري وحكمها ثبوت حق الملك
وعوارضها السكوت عند العلم مع القدرة وغير ذلك **قوله** الشفعة واجبة اي ثابتة عند تحقق سببها
لا ان يكون بها اللزوم والاثم عند تركها والخليط بالضم الشركة خالط اي شارك ولا فرق اذا بين الخليط والشريك
لانهما اسمان بمعنى واحد والخلاف بينهما انما يقع بسبب اختلاف المحل فانه ذكر الشريك في نفس المبيع

والخليط في حق المبيع وتارة ذكره على عكسه فقال الشفعة يستحق على ثلث مراتب ولا يستحق بالشركة في عين البقعة
ثم بالشركة في حقوق الملك كالطريق والشرب ثم يستحق بالجوار وصورته منزل في سكة غير نافذة باع احد الشريكين
نصيبه من المنزل فالشريك احق بالشفعة فان سلم فاهل السكة فان سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا
المنزل وباب داره في سكة اخرى وقيل الشفعة عندنا على اربع مراتب بيانه بيت في دار في سكة غير نافذة والبيت
لاثنين والدار لقوم فباع احد صاحبي البيت نصيبه من البيت فالشفعة اولا للشريك في البيت ثم للشريك في الدار
ثم لاهل السكة كلهم على السواء ثم للجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة اخرى قوله
جار الدار احق بالدار الجار يقتضي استحقاق الشفعة بالجوار لان الجار اسم مشتق من معنى وترتب الحكم على اسم مشتق من معنى
يدل على علية ذلك المعنى لذلك الحكم كما في الزاني والسارق وهذا المعنى يؤثر لان حق الاخذ بالشفعة لدفع الضرر
من البادي بسوء المجاورة والضرر مدفوع لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام فان قلت
المراد ما حق بها عرضا عليه البيع الا ترى انه فسر في اخر الحديث بقوله ينتظر بها اذا كان غائبا قلت لان النبي صلى الله عليه وسلم
جعله احق على الاطلاق فيكون احق بها قبل البيع وبعده وقوله ينتظر بها تفسير لبعض ما يشمله كلمة احق ولان ما روي
عن عمرو بن الشريد عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن ارض بيعت ليس لاحد فيها شرك فقال صلى الله عليه وسلم الجار احق
بشفعته يدل على استحقاق الشفعة بالجوار قوله اذا كان طريقهما واحدا والمراد به جار هو شريك في الطريق
وبين الحكم في الشرب لان الشفعة انما تثبت بالشركة في الطريق باعتبار الخلطة وقد وجدت في الشرب وقوله صلى الله عليه وسلم
الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال بشفعته ويروى الجار احق بشفعته قال المطرزي السقب
القرب والصاد لغة فيه ويروى بصقبه ومعنى الحديث الجار احق بالشفعة اذا كان جارا ملاصقا والباء في صلة
احق لا للسبب قوله وقال الشافعي لا شفعة بالجوار اي لا شفعة الا بالشركة في البقعة لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة
فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وهذا يقتضي جنس الشفعة فيما لم يقسم اذ الالف
واللام للجنس لعدم المعهود والدليل قوله صلى الله عليه وسلم انه قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم
فانما للحصر بالحكم في المذكور ونفيه عما عداه وقوله صرفت الطرق اي جعل لكل قسم طريق على حدة ولان القياس
ان لا يثبت حق الشفعة لانه تملك على المشتري بغير رضاه وذا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة
من نفسه الا انا تركنا القياس بالسنة وهي فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان حق الاخذ فيه لدفع ضرر
مؤنة القسمة اذ لو لم ياخذ لطالبه المشتري بالقسمة فيلحقه مؤنة القسمة وهذا لا يوجد في حق الجار ولنا
ما رويناه وفيما روي بيان ان للشريك شفعة وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم فيما عداه وانما يقتضي بالكد
المذكور ولا ينفي غير المذكور قال تعالى انما انت منذر واخر الحديث ليس بثابت ولئن ثبت فالمراد به لا حق الاخذ
بالشفعة عند وجود معاوضة المال بالمال كالشريك وهذا لان الاتصال على هذا الوجه انما صار سببا لدفع
ضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام حتى لا يثبت للمستاجر والمستعير اذ هو مادة المضار من حيث اعلاء الدار

واعلاء الجدار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار والاشراف على العيال ولا يندفع ذلك الا بالتملك احدهما على الاخر فرجح الاصيل على
الدخيل بان يدفع ضرره بتحويل الصفقة الى نفسه اذ لا ضرر للدخيل بل يعود الى راس ماله وانما عدم ربح القصد
ولان سبيل الاصيل بازعاجه من خطة الاباء اشد ضررا من ترك الحادث قوله المعنى في الاصل ضرر القسمة
قلنا يجوز ان يكون الاصل معلولا بعلتين على ضرر القسمة ضرر مستحق عليه شرعا وما وجب شرعا وصار حقا
عليه لا يصلح علة لتحقق ضرر المشتري بتملك ماله بغير رضاه وانما المدفوع ضرر ليس بمستحق عليه شرعا
فان قلت ضرر المشتري متيقن به وضرر الشفيع موهوم لاحتمال ان يكون المشتري خيرا من البائع قلت
لا اعتبار لهذا ونظر الشارع لان الجوار مادة المضار والضرر امر باطن فيقام السبب الظاهر مقام الضرر
الباطن كما عرف قوله وضرر القسمة مشروع الى اخره هذا جواب ما قاله الخصم ان علة استحقاق الشفعة
دفع ضرر مؤنة القسمة فان تحمل ضرر مؤنة القسمة في المشترك مشروع فلا يصلح علة لاضرار المشتري
بابطال ملكه ولان الاخذ بالشفعة لو كان لدفع ضرر مؤنة القسمة لجرت الشفعة في المنقول لانها لا تنفك عن
ذلك يحتاج اليه فيهما على انه اذا باع احد الشركاء العلية نصيبه فانه يثبت حق الشفعة لكل واحد من الاخرين
وان لم يكن يثبت حق الشفعة لكل واحد منهما دافعا ضرر مؤنة القسمة عنه ولهذا ليس المراد بقوله
صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فيها في اخره وهو ان لا يبقى بينهما حد مشترك في اتصال
موجه بوقوع الحدود وصرف الطرق الا ترى انه علق انتفاء الشفعة بشرطين وعند الشافعي انه يتعلق
باحدهما فيكون اخر الحديث حجة لنا او المراد بيان انه مع الشريك الذي لم يقاسم لا يزاحمه احد في الشفعة
وبه نقول على ان التنصيص على الشيء لا يدل على التخصيص ونفي الحكم عما عداه قوله واما الترتيب اي بين
هؤلاء فلما الحديث الذي ذكر في المتن ولانها انما تثبت الاستحقاق للاتصال وذا في حق الشريك في نفس المبيع
اقوى لوجود الاتصال بكل جزء من المبيع بكل جزء من ملكه ثم بعده في الحقوق لانه شريك الشريك في مرافق الملك وحقوقه
ثم بعده الجار وقوة السبب موجبة للترجيح ولان الضرر في حق الشريك بسوء الجوار ومؤنة القسمة ان لم يصلح
علة صلح مرجحا لان الترجيح ابدا انما يكون علة صورة اجتماع هؤلاء مثل ان منزل مشترك بين اثنين في دار بين قوم في سكة
غير نافذة اذا باع احد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك احق بالشفعة من الشريك في الدار لانه شريك في نفس
المبيع فان سلم فالشركاء في الدار احق بالشفعة من الشركاء في السكة لانه شريك في الطريق الاخص فان سلموا
فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة اخرى وقيل الشفعة عندنا على اربع مراتب بيانه
بيت في دار سكة غير نافذة والبيت لاثنين والدار لقوم فباع احد صاحبي البيت نصيبه من البيت فالشفعة اولا
للشريك في البيت ثم للشريك في الدار ثم لاهل السكة كلهم على السواء ثم للجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل
وباب داره في سكة اخرى قوله فان سلم اي الخليط فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار اعلم ان
في كل موضع سلم من كان مقدما في اخذ الشفعة انما يثبت لمن كان بعده اذا طلب الشفعة حين سمع البيع وان لم يكن

حق الاخذ في الحال اما اذا لم يطلب الشفعة حتى سلم الشريك الشفعة فلا شفعة **قوله** ووجه ظاهر الرواية
ان السبب ثابت للكل الا ان الشريك مقدم فاذا سلم كان لمن يليه ان يستوفي لحق غرماء الصحة مع غرماء المرض
في التركة فانه اذا اسقط حقهم بالابراء كانت التركة لغرماء المرض ولهذا قلنا يشترط للجار ان يطلب الشفعة اذا علم بالبيع
ليمكنه الاخذ **قوله** والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او يكون البيت من الدار بين رجلين
بغير طريق فباع صاحبه الدار فالشريك في البيت اولى من البيت وهو الجار سواء في بقية الدار **قوله** او جدار معين
منهما بان يكون حائط بين داري رجلين والحائط بينهما فصاحب الشريك في الحائط اولى بالحائط من الجار وهما سواء
في بقية الدار كذا في الذخيرة واوضح المحصل هذه المسئلة فقال دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع احدهما نصيبه
من الدار فشريكه في الدار احق بالشفعة ولا شفعة لصاحب الطريق لتقدم الشريك في نفس المبيع وكذلك الدار اذا
كان بين رجلين ولاحدهما حائط في الدار بينه وبين اخر بارضه فباع الدار الذي له شركة في الحائط نصيبه من الدار
والحائط فالشريك في الدار احق بشفعة الدار والشريك في الحائط اولى بالحائط وهو جار في بقية الدار بين رجلين
لاحدهما بئر في الدار بينه وبين اخر فباع نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار احق بشفعة الدار والشريك في البئر
احق بشفعة البئر وهو جار التوابع فحصلت الشركة في نفس المبيع الا ان الشريك في نفس الدار مقدم عليه لان الاصل
اقوى من التبع فالبئر والحائط للمساهمين حقوق الدار فكان مجاورا والشريك في الحقوق مقدم على شريك البئر والحائط
قوله او جدار معين منها يعني لو كان الجدار المعين مشتركا بين رجلين مع ارضه ثم لاحد الشريكين شركة في بقية
الدار كان شريك الجدار مع ارضه مقدما على الشريك في بقية الدار اذا باع الذي له شركة في الجدار نصيبه في الجدار
مع ارضه وانما قلنا مع ارضه لان الشركة في البناء المجرد لا توجب الشفعة كذا في الذخيرة وكذا سفل بين رجلين
ولاحدهما علو عليه بينه وبين اخر فباع الذي له نصيب في السفل فلشريك السفل الشفعة في السفل ولشريك
العلو الشفعة في العلو وكلاهما مقدم على الجار **قوله** وكذا على الجار في بقية الدار اي الشريك في الجدار مع
ارضه مقدم على الجار في بقية الدار **قوله** في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله واما في الرواية الاخرى
فهو والجار سواء **قوله** فراحان القرح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا اشايب شيء وقد يجمع على
اقرحة كمكان وامكنة وزمان وازمنة وفي المبسوط والشركاء في النهر الصغير كل من له شرب لحق من الجار الملازق
وان كان نهرا كبيرا تجري فيه السفن فالجار احق لان هؤلاء ليسوا شركاء في الشرب وقيل الشركاء على النهر اذا كانوا
لا يحصون فهو نهر كبير وان كانوا يحصون فهو نهر صغير وقيل الاصح على ما قيل فيه انه مفوض الى راي كل مجتهد
في زمانه ان راهم كثيرا كانوا كثيرا وان راهم قليلا كانوا قليلا ثم ان عامة المشايخ فرقوا بين النهر والسكة
حيث جعلوا الشركة في النهر اذا كان بين اقوام يحصون خاصة وان كان للنهر منفذ الى مفازة وهي لجماعة
المسلمين ولم يجعلوا الشركة في الطريق الذي له منفذ الى طريق العامة شركة خاصة وان كان اهل الشركة يحصون
قوله فان كان سكة غير نافذة وهي مستطيلة اي السكة العظمى مستطيلة يتشعب منها في السفلى اي المنشعبة
فاهلها اي

اي فاهل المنشعبة الشفعة خاصة دون اهل العليا اي اهل السكة العظمى **قوله** وان بيعت في العليا اي
بيعت دار في العليا فلاهل السكتين اي الشفعة لاهل السكة العظمى والمنشعبة التي هي الحلقة فلو سواء
كان ملازقا او غير ملازق فمن حاصله ان كل من له ولاية فتح الباب كان له ولاية اخذ الشفعة ومالا فلا فهو معنى
قوله فهو على قياس الطريق فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جوار الطرق فلذلك قال على قياس الطريق
يعني لو بيع ارض متصلة بالنهر الذي لا يرضخ كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل الصغير **قوله** فيما
بيننا اي الحكم في السكة المنشعبة **قوله** ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة يعني من له حق وضع
الخشبة على الحائط من غير ان يملك شيئا من رقبة الحائط جار لانه اذا كان هكذا فهو من اهل السفل لا غير وكان جارا لا شريكا
قوله والشريك في الخشبة يكون على حائط الدار جارا اي ان وضع كل احد منهما خشبة على حائط الدار لانه
لا شركة لهما في شيء من الدار بل حق شغل الحائط لاحدهما بدون الشغل للاخر مع الشغل **قوله** وقال الشافعي
على مقادير الانصباء حتى ان دارا بين ثلثة لاحدهم نصفها وللاخر ثلثها وللاخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه
وطلب الاخران الشفعة قضى بالنصف المبيع بينهما عند الشافعي اثلاثا بقدر ملكيهما وان باع صاحب السدس
قضي بينهما اخماسا وان باع صاحب الثلث قضي بينهما ارباعا وعندنا يقضى بينهما نصفان في الكل وجه ما قاله
الشافعي رحمه الله ان الشفعة من مرافق الملك لانها تستحق بالملك وتجب لتكميل منفعة الملك فيكون على قدر الملك كالولد
واللبن والثمرة والربح والغلة في الملك المشترك ووجه ما قاله اصحابنا انهما استويا في سبب الاستحقاق والاتصال
كان لصاحب القليل ان ياخذ الكل بالشفعة كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير ان ياخذ الكل بالشفعة
فملك كل جزء من المبيع علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة وكثرة الاتصال بشريكين العلة والترجيح
يقع بقوة العلة لا بكثرة العلة لان ما يصلح علة بانفراده لا يصلح مرجحا كما في كثرة الشهود وكثرة الجراحات وكثرة
الاقيسة وعند ظهور الترجيح المرجوح مدفوع بالراجح وههنا لا يبطل حق صاحب القليل فعرفنا انه لا ترجيح
في جانبه واللبن والثمرة ونحوهما متولده من العين فيتولد بقدر الملك اما بملك ملك غيره فلا يتولد من ملكه فكيف
يجعل كالثمرة واللبن والولد **قوله** لان الغائب لعله لا يطالب لانه لو امتنع لا يمتنع لطلب الغائب وهو
مشكوك فيه لا يمنع الاستيفاء للحضور مع ثبوت حقهم **قوله** ويستقر بالاشهاد لانه لا بد من طلب المواثبة
بناء على انه حق ضعيف يبطل بالاعراض قال صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال ذكر في المبسوط يكنى به عن
سرعة السقوط وقال المطرزي رحمه الله هذا مثل في قصر المدة اي انها تحصل في ادنى مدة كمقدار حل العقال
فانها تذهب سريعا اذا حل عقاله **قوله** ويملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم فانه يثبت الملك بحكمه
فان لم ياخذ الدار وهذا لان الملك يثبت كما في المبيع **قوله** يظهر فائدة هذا وهو يتوقف الملك في الدار المشفوعة
بعد الطلبين الى وقت اخذ الدار المشفوعة بتسليم المشتري الى الشفيع او الى وقت حكم الحاكم بها فاذا وجد احدهما
الشفيع الدار المشفوعة **قوله** ولا يورث عنه في الصورة الاولى وهي ما اذا مات الشفيع بعد الطلبين لانه لا يملكها

المورث فكيف يورث عنه **قوله** في الثانيه ومتى ما اذا باع داره المستحق بها الشفعه لان سبب الاستحقاق الشفعه اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعه وقد زال ملكه عما يستحق به الشفعه فلم يبق السبب قبل ان يثبت الحكم **قوله** ولا يستحقها في الثالثه ومتى ما اذا ابتعت دار بجنب الدار المشفوعه لانه لم يملك المشفوعه فكيف يملك بها غيرها

باب طلب الشفعة والخصومة فيها لما لم تثبت الشفعه بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه **قوله** طلب المواثبة سمي به تبركا بلفظ الحديث الشفعه لمن واثبها اي طلبها على وجه المبادره مفاعله من الوثوب لانه اذا سكت عن الطلب فذلك منه دليل الرضا بمجاورة الجار الحادث ودليل الرضا كصريحه **قوله** وبالثانيه اخذ الكرخي رحمه الله لان البيع اوجب له حق التملك بدلا اوجب البائع ذلك بايجاب البائع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهذا مثله وعلى هذه الروايه اذا علم بالبيع فقال الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله فهو على شفعته كما قال في المتن ذكر في المبسوط واذا علم بالبيع وهو بحضرة المشتري يطلب شفعته وهو ظاهر وكذا اذا كان بحضرة الشهود فينبغي ان يشهدهم على طلبه وكذا لو لم يكن بحضرته احد حين سمع ينبغي ان يطلب الشفعه والطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود فينبغي ان يطلب حتى لو حلفه المشتري امكنه ان يحلف انه طلبها كما سمع وذكر في شرح الاقطع وانما يطلب وان لم يكن عنده احد لئلا يسقط حق الشفعه فيما بينه وبين الله تعالى قال ابن ابي ليلى له طلب الى ثلثه ايام فله الشفعة لانه يحتاج الى النظر والتامل كخيار الشرط وقال سفيان رحمه الله له مهله يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفعته ما لم يبطلها صريحا او دلاله كسائر الحقوق وذكر في المغني فاذا سمع الشفيع بيع الدار فسكت لا يبطل شفعته ما لم يعلم المشتري الثمن كالبكر اذا استومرت فسكتت ثم علمت ان الاب زوجها او رضت صح ردها فان قلت لو ادركت الصغيرة وثبت لها خيار البلوغ والشفعه فلو قدمت اختيار نفسها بطل شفعتها ولو قدمت طلب الشفعه بطل اختيار نفسها فما الحيله لها حتى لا يبطل كلاهما قلت الحيله فيه ان تقول طلبت الشفعه والخيار فيصح كلاهما ذكره في فتاوي قاضي **قوله** ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعه لان الاعتبار للمعنى في العرف يراد بهذه الالفاظ الطلب للحال لا للخبر عن امر ماض او مستقبل حتى قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل اذا سمع بيع ارض بجنبها ارضه فقال شفعه شفعه كان ذلك منه طلبا **قوله** واخوانه اذا ادرك اخوانه الموالي اذا احد يحانه عنق والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر **قوله** بخلاف المخيره اذا اخبرت عند ابي حنيفه رضي الله عنه ان زوجها خيرها في نفسها صارت مخيرة سواء كان المخبر عدلا او غير عدل **قوله** لانه ليس الزام حكم بل هو ابقاء ما كان على ما كان وفي حق الشفيع الزام حيث يلزمه ضرر سوء الجوار **قوله** ثم يحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير حتى لو سمع الشري بحضرة البائع او المشتري او الدار فطلب طلب المواثبه واشهد على ذلك كفته

ويقوم ذلك مقام الطلبين كذا في الفتاوى الظهيريه **قوله** فاذا اسلم البائع لم يصح الطلب بالاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله انه يصح استحسانا لان الاشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشتري **قوله** معناه اذا تركنا من غير عذر كالمرض والحبس وغيرهما **قوله** ولا فرق في حق المشتري اي لا فرق في لزوم الضرر على المشتري بين ان يكون الشفيع حاضرا او غائبا لم يحضر فلما كان ضرره فيما اذا كان الشفيع غائبا حيث لم يبطل حق الشفعه بتاخير هذا الطلب بالاتفاق فيجب ان لا يبطل فيما اذا كان حاضرا واخر هذا الطلب **قوله** اذا تقدم اعلم انه اذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعه وسال القاضي المدعى عليه فان اقر بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد محتمل ان يكون ملكه وغير ذلك والمحتمل لا يصلح ان يكون حجة للالزام على الغير وقال زفر رحمه الله والشافعي استحق الشفعه بظاهر الملك باعتبار اليد ولا يحتاج الى اقامة البينه وهو روايه عن ابي يوسف رحمه الله لان اليد دليل الملك الا ترى انه اذا راى شيئا بيد انسان حل له ان يشهد بالملك بناء على اليد وينبغي ان يسال القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار المشفوعه وحدودها لانه يدعي فيها حقا فصار كما ادعى رقبتها وبه يشترط التحديد لان الدعوى انما تصح بعد اعلام المدعى به واعلامه بذكر الحدود فاذا تم ذلك ساله عن السبب الذي به يدعي الشفعه لاختلاف اسبابها فلا بد من البيان لظهر ان ما جعله سببا هل هو سبب ام لا فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها وذكر حدودها انضم دعواه الان **قوله** بالحصر والمزيد هما معا اسم كتاب للخصاف في الفتاوى فان عجز الشفيع عن البينه استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للدار التي يطلب الشفعه بها معناه يطلب الشفيع لانه حقه وهذا لانه ادعى عليه امرا لو اقر به يلزمه فاذا انكر استحلف وانما يحلف على العلم لانه استحلاف على ما في يد غيره فان نكل او اقام الشفيع بينته ثبت ملكه الدار التي يشفع بها وثبت الجوار بعده يسال القاضي المدعى عليه هل اشترى ام لا فان انكر الشري يقال للشفيع اقم البينه لان الشفعه لا تجب الا بعد البيع وثبوته يكون بالحجه فان عجز عن اقامة البينه استحلف المشتري بالله ما اشترى هذه الدار او بالله ما استحق في هذه الدار الشفعه من الوجه الذي ذكره فالاول على السبب والثاني على الحاصل وقد مر بيانه في الدعوى **قوله** حسماه لم يكن منتلسا فتوى بان المشتري قد قال صلى الله عليه وسلم لا توى على مال امرئ مسلم وجه الظاهر ان الثمن قبل القضاء غير واجب عليه فلا يجب احضاره وهذا لان الاحضار للتسليم ولا يجب تسليمه قبل القضاء **قوله** فله ان يخاصمه اي للشفيع ان يخاصم البائع اذا كان المبيع في يده لان البائع كان مستحقا عليه يدا وكانت الخصومه باسم مثله كالمالك **قوله** والقاضي يقضي بها للشفيع فيشترط حضورهما وان الاخذ من يد البائع يوجب انفساخ البيع بين البائع والمشتري وذا الانتم الا بحضرة المشتري فيشترط حضورهما لذلك **قوله** ان يفسخ في حق الاضافه الى المشتري لانه اذا اخذ بالشفعه فانما ياخذه العين المستحق بالعقد في حق المشتري وهو لا يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض الا انه يبقى اصل البيع لان قول البائع للمشتري بعت ايجاب للبيع وقوله منك اضافه اليه فاذا اخذ الشفيع

بالسفعة صار كأن ذلك البيع أضيف الى الشفيع بعدما كان مضافا الى المشتري فينقض البيع في حق الاضافة
الية لا انه ينقض اصل العقد كما اذا رمى سهما الى انسان فتقدم عليه غيره فاصابه فالرمي في نفسه لم يعدل
ولكن الارسال والتوجه على الاول قد انقطع بتخلل هذا الثاني فخرج من ان يكون مقصودا بالرمي فكذا هاهنا
تحولت الصفقة التي كان العقد من الابتداء وقع معه حل لفظ المتن لا نفسخ اي نفسخ العاقد قوله في حق
الاضافة اي اضافة البيع الى المشتري المراد من الاضافة وهو انتقال كاف الخطاب في قول البائع بعت منك
من المشتري الى الشفيع فصار كان البائع خاطب الشفيع بعت منك قوله لامتناع قبض المشتري يتعلق
بقوله ان ينفسخ قوله بالاخذ اي بسبب اخذ الشفيع يعني لما اخذ الشفيع الدار بالشفعة من المشتري ينفسخ العاقد
البيع الذي جرى بين البائع والمشتري صار ذلك الانفساخ الحاصل في فسخ العاقد منحصرا في حق المشتري قوله
فلهذا ترجع العهدة على البائع وقال الشافعي رحمه الله العهدة على المشتري بكل حال سواء اخذها من يد
البائع او من يد المشتري بناء على ان حقوق العقد ترجع الى المالك عنده لما مر بيانه قوله لان الوكيل كالبائع من
الموكل فان قلت لو كان هو كالبائع والموكل كالمشتري لشرط حضورهما كما شرط ثمه قلت انه نائب عن الموكل
فكان حضوره كحضور الموكل في الخصومة قبل التسليم بخلاف البائع من المشتري فانه لا يكتفى بحضرة البائع حتى
يحضر المشتري لان البائع ليس بنائب عن المشتري قوله وكذا اذا كان البائع وصيا لميت اي يكون الخصم للشفيع
هو الوصي يعني اذا كانت الورثة صغارا قوله فيما يجوز بيعه فيه لانه لا يجوز بيع الوصي والاشتراء
الا بما يتغابن الناس في مثله ولا يجوز فيما لا يتغابن فيه لان ولاية الوصي نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش فصل
في الاختلاف لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل
الاختلاف بينهما فيه قوله ولا يتحالفان لان النص هنا والتحالف في غير مورد النص انما يكون اذا ادعى
كل واحد على الاخر حقا والمشتري هاهنا لا يدعي على الشفيع شيئا لان المدعي هو الذي لو ترك ترك والمخاصم
بهذه الصفة الشفيع لا المشتري قوله وقال ابو يوسف رحمه الله البينة بينة المشتري وهو قول
الشافعي رحمه الله لانها تثبت زيادة الثمن والبينة للزيادة من البينات اولى بالعمل كما لو اختلف البائع والمشتري
او الوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن او المشتري من العدو مع المالك القديم في ثمن العبد المأسور
فاما البينة فان بينة البائع والوكيل المشتري من العدو اولى لما فيهما من اثبات الزيادة قوله ولهما انه
لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع الا ترى انه لو اشترى مرتين مرة بالف ومرة بالفين كان للشفيع ان ياخذ
بايهما شاء فعرفنا انه لا تنافي بينهما في حقه فيجعل في حق الشفيع كان الشراء تكرر بالثمنين فله ان ياخذ بايهما شاء والاشتغال
بالترجيح عند تعذر العمل بهما فاما مع امكان العمل بالبينتين فلا بخلاف البائع مع المشتري لان العمل بالبينتين
ثمه غير ممكن لان العقد الثاني لا يتصور الا بانفساخ الاول في حقهما فصرنا الى الترجيح بالزيادة وهنا الفسخ لا يظهر
في حق الشفيع فامكن اعتبار البيعين في حقه فلا يصار الى الترجيح واما الوكيل مع الموكل اذا اختلفا فقد

روى ابن سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل لان ينسلم فلان الوكيل مع كالبائع مع المشتري وقد بينا العذر
فيه وانما المالك القديم مع من العدو وقد نص في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع ولئن
سلمنا فهناك العمل بالبينتين غير ممكن في حق المالك القديم لان الشراء الثاني لا يصح الا بانفساخ الاول فصرنا الى
الترجيح بالزيادة ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام فترجح الملزم من
البينتين وهذا لانه اذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار شاء او ابى واذا قبلت بينة
المشتري لا يجب على الشفيع شيء لكنه يتخير بين ان ياخذ او يترك وبه فارق بينة البائع مع المشتري وبينة
الوكيل مع الموكل لان كل واحد منهما ملزمة فرجحنا بالزيادة وفي مسئلة المشتري من العدو يقول على هذه الطريقة
البينة بينة المالك القديم لانها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة قوله ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البائع
بعت الدار بالف وقبضت الثمن وهو الف اخذها الشفيع بالف لانه اخبر عن الثمن حال له ولاية البيان فيبقى الحكم
عليه وان قال قبضت الثمن وهو الف اخذها الشفيع بقول المشتري لانه لما اقر باستيفاء الثمن اولا خرج من
البين فلم يقبل بيانه وقد خرج من البين فصل فيما يوخذ به المشفوعة لما فرغ من بيان احكام المشفوع
وهو الاصل لانه هو المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يوخذ به وهو البيع قوله بخلاف حط الكل
لانه لا يلتحق باصل العقد لان في ذلك لا انحط جميع الثمن لو التحق باصل العقد فاما ان يصير العقد هبة ولا
شفعة في الهبة او يصير بيعا بغير ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد فعرفنا انه لا يمكن الحاق
حط الجميع باصل العقد في حق الشفيع بخلاف حط البعض قوله وان زاد المشتري للبائع لم يلزم الزيادة
الشفيع لانه قد استحق اخذها بالثمن الاول قبل الزيادة والمشتري لا يملك ابطال حق الثابت له ولا يملك تغيير
استحقاقه وصحة ان هذه الزيادة يلزم بنفسه شيئا للبائع ويلزم الشفيع مثل ذلك وله ولاية على نفسه دون الشفيع
فيعمل التزامه في حقه ولا يعمل في حق الشفيع قوله ومن اشترى دارا بعرض اراد بالعرض المتاع الذي من
ذوات القيم كالعبد لا من ذوات الامثال كالحنطة ونحوها فان فيها ياخذ الشفيع بمثلها لا بقيمتها قوله اخذها
بقيمته اي بقيمة العرض التي كانت وقت الشراء لا وقت الاخذ بالشفعة قوله لانه من ذوات القيم فان قلت القيمة
في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن وذلك يمنع من استحقاق الشفعة الا ترى ان الشفيع لو سلم شفعة
الدار على ان ياخذ من الدار بيتا بعينه وهذا التسليم باطل فكان له ان ياخذ جميع الدار وانما بطل تسليمه حتى
لم يستحق شفعة البيت المعين منفردا لكون قيمة البيت مما تعرف بالحزر والظن حتى انه لو سلم شفعة الدار
على ان ياخذ ثلثا او نصفا منها فالتسليم جائز والاخذ جائز وكان له ان ياخذ الثلث او النصف لانه اخذ شيئا
معلوما بشيء معلوم لان ثمن نصف الدار او الثلث معلوم بعينه ثم قيمة العبد في مسئلتنا مما تعرف بالحزر
والظن فيجب ان لا يستحق بها الشفعة قلت قضية القياس ان لا توخذ الدار بقيمة العبد الا انا تركنا القياس
للضرورة لان بيع الدار بالعبد قد صح واذا صح البيع وجبت الشفعة ولا يمكن الاخذ الا بالقيمة لهذه الضرورة

ومثل هذه الضرورة لا تاتي في مسئلة البيت لان اخذ البيت بثمن معلوم ممكن للشفيع فجواز سقوط اعتبار الجهالة
لضرورة لا يدل على جواز سقوط الجهالة بغير ضرورة كذا في الذخيرة **قوله** وليس له ان ياخذها في الحال
بثمن مؤجل وقال زفر رحمه الله له ذلك وهو قول الشافعي في القديم ومالك رحمهما الله بناء على ان للشفيع حق الاخذ
بالثمن الذي يملك به المشتري حتى قالوا اشتراها بالف دينار وفي الاجل صفة للدين بمالك من مؤجل ودين حال
ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط لا بقضية العقد فيما بين الشفيع والبائع او المشتري فلا يثبت في حق الشفيع
كالخيار والرهانة في حق المشتري لا يكون رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة والاجل ليس بوصف
للثمن لان الثمن للبائع والاجل حق المشتري على البائع فكيف يكون صفة للثمن **قوله** ولما بينا من قبل اراد به
قوله لا مساغ لقبض المشتري بالاخذ بالشفعة فلو يوجب الفسخ الى اخره **قوله** وشفيعها ذمي اخذها بمثل
الخمر وقيمة الخنزير لان البيع بالخمر والخنزير صحيح فيما بينهم فيثبت للشفيع حق الشفعة ثم الشفيع ياخذ
بمثل ما يملك المشتري صورة ومعنى فيما له مثل الخمر بهذه الصفة وبالمثل معنى فيما لا مثل له من جنسه والخنزير
بهذه الصفة لانه حيوان ليس من ذوات الامثال قيد بقوله وشفيعها ذمي لانه لو كان مسلما لاستحقاق الشفعة
سواء قبلها ردته او مات او لحق بدار الحرب لان الوارثة لان الشفعة لا تورث ثم اعلم ان طريق معرفة قيمة الخمر
والخنزير الرجوع فيهما الى من اسلم من اهل الذمة او من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول
للمشتري بمنزلة ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن **فصل** والمسائل في هذا الفصل كلها مبنية
على تغير المشفوع اما بالزيادة او النقصان بنفسه او بفعل الغير وكان المتغير فرعا على غير المتغير فلذلك ذكرها
بعد المسائل المبنية على عدم التغير لان الفرع مبني على الاصل **قوله** اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس
اي مقلوعين **قوله** وان شاء كلف المشتري قلعه الا اذا كانت في القلع نقصان في الارض فللشفيع ان ياخذ
مع البناء والاغراس بقيمتها مقلوعة غير ثابتة فله ذلك **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يكلف
القلع ويخير الشفيع بين ان ياخذه بالثمن وقيمة البناء والغرس اي قائمين على الارض غير مقلوعين وبين
ان يترك **قوله** وبه قال الشافعي رحمه الله اي بالتخيير الذي ذكره ابو يوسف الا ان عند الشافعي في حق هذا
التخيير الذي ذكره ابو يوسف معه ولكن للشافعي قول اخر وهو ان يقلع الشفيع البناء ويعطي قيمة البناء
بعد القلع **قوله** وصار كالموهوب له اي الموهوب له اذا بنى في الارض الموهوبة ليس للواهب ان يقلع بناءه
ويرجع في الارض لانه بناه في ملكه وكذلك المشتري شراء فاسدا **قوله** وكما اذا زرع المشتري يعني اذا زرع
المشتري في الارض المشتراة ثم حضر الشفيع وطالبه بالشفعة لم يكن للشفيع ان يقلع الزرع بالاتفاق فيجب
ان يكون في البناء كذلك لان الضرر الواقع على المشتري بقلع الزرع والبناء واحد **قوله** وهذا اي وهذا المعنى
الذي قلناه وهو ان لا يكلف المشتري بقلع البناء لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى بيانه
ان ههنا اجتمع ضرران احدهما على الشفيع وهو ضرر زيادة الثمن على الشفيع في قولنا اخذها الشفيع بالثمن

وقيمة البناء والثاني على المشتري وهو ضرر قلع بنائه من غير شيء يقابله ببنائه وفيه ما قاله ابو حنيفة ومحمد
رضي الله عنهما ان الضرر الذي يلزم الشفيع اهون من ضرر المشتري لانه لو لزم على الشفيع زيادة على الثمن
الذي اشترى لكن يدخل في ملك الشفيع عوض يقابله بملك الزيادة وهو البناء والغرس واما على قولكم
بطل ملك المشتري بالقلع من غير شيء يقابله فكان ضرر الشفيع اهون من ضرر المشتري فكان القول به
اولى بهذا الطريق **قوله** ووجه ظاهر الرواية انه بنى وغرس في ما تعلق به حق متاكد للغير من غير تسليط من له
الحق فله الامر بنقضه كالغاصب اذا بنى في الدار المغصوبة وكالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان
حق الشفيع اقوى من حق المشتري لتقدمه ولهذا ينقض بيعه وهبته وتسليمه واجارته وجعله مسجدا
او مقبرة وجعل في ذلك التصرف في ملك الشفيع في حق النقض فكذا تصرفه بنائه وغرسه لانه مضر بالشفيع من
حيث انه يلزمه زيادة في الثمن ولم يرض به بخلاف الموهوب له اذا بنى في الموهوبة او المشتري شراء
فاسدا اذا بنى على قول ابي حنيفة رضي الله عنه لحصوله بتسليطه من جهة من له الحق وهو الواهب او البائع
ولا تسليط ههنا ولان حق الاسترداد للبائع والواهب ضعيف حتى لا يبقى بعد البناء وهذا الحق قوي حتى
يبقى بعده فلا يجب القيمة كما في الاستحقاق وهذا لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري المالك بنى وغرس ثم
استحق يرجع المشتري على البائع بالثمن وقيمة البناء والغرس لا على المستحق فكذا ههنا لا يرجع على الشفيع
فان قلت في تكليف المشتري القلع يلحقه ضرر لا محالة ولو اوجبنا قيمة البناء او الغرس على الشفيع عند
اختيار الاخذ يلزمه ضرر زيادة الثمن الا ان له جابرا لانه يدخل في مقابلته في ملكه عوض وهو البناء والضرر
بدل الاهون من الضررين بغير بدل فيجب دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى قلت الترجيح انما يكون بعد المساواة
في اصل الحق ولا مساواة ههنا لتقدم حق الشفيع وربما لا يوافقه لو اخذه فيحتاج الى قلعه فيلزمه ضرر
زائد واما اذا زرع المشتري ثم جاء الشفيع فله ان ياخذها بالشفعة ويقلع الزرع قياسا على البناء
لما بينا وفي الاستحسان لا ياخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع لان الزرع له نهاية معلومة فلو ابطلنا حق
القلع في الحال لادى الى الاضرار بالمشتري لو اخرنا الى ان يدرك الزرع ساخر حق الشفيع وضرر التاخير دون
ضرر الابطال فكان تحمله احق **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع اي ان الشفيع يرجع بقيمة البناء
والغرس على البائع ان اخذ منه او على المشتري ان اخذ منه لان الشفيع متملك عليه فنزل اي الشفيع مع
من ياخذ الدار منه منزلة البائع والمشتري **قوله** والفرق بين اخذ المستحق من المستحق وبين اخذه من
الشفيع فان المشتري عند ظهور الاستحقاق يرجع على بائعه والشفيع لا يرجع بناء على ان الرجوع بقيمة
البناء انما ثبت لدفع الغرور والبائع التزم السلامة للمشتري عن الاستحقاق فصار المشتري مغرورا
من جهة البائع ولا غرور في حق الشفيع لانه ملك على صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه فلا يرجع على احد
ولان البائع بايجاب البيع سلط المشتري على البناء والماخوذ منه بالشفعة لم يسلط الشفيع على البناء

بل هو مجبر على تسليمها اليه فلا يرجع بقيمته عليه كجارية اسرها الكفار واحرزوها بدارهم ثم اخذها
المسلمون فوقعت في سهم غاز فاخذها المالك القديم بالقيمة واستولدها ثم جاء مستحق واقام البينة
انها امته دبرها قبل الاسر ردت عليه لانها لا تملك بالاحراز ويضمن العقر وقيمة الولد للمشتري ثم يرجع
المستولد على الغازي بقيمتها التي دفعها اليه لانه دفع القيمة ليسلم له الامة ولم يسلم ولا يرجع عليه
بالعقر وقيمة الولد لان الماخوذ منه مجبر على الدفع اليه فلا يصير غارا اياه ولو ان قسمت بين اثنين فبنى
احدهما ثم استحقت حصته لا يرجع على شريكه بقيمة البناء لان كل واحد منهما مجبر على القسمة بخلاف الدارين
فانهما لو اقتسماها واخذ كل واحد منهما دارا وبنى احدهما ثم استحقت فانه يرجع على شريكه بنصف قيمة
البناء لانه بمنزلة البيع قوله فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن وقال الشافعي رحمه الله في قول
ياخذها بالحصة واصله ان الثمن يقابل الاصل دون الاوصاف عندنا حتى لو فات الوصف في يد البائع لا
يسقط شيء من الثمن وعنده يسقط ثم البناء وصف وتبع ولهذا دخل في بيع الارض من غير ذكر وهذا لان
قوام البناء بالارض كقيام الوصف بالموصوف فاذا فات البناء فقد فات ما هو تبع ووصف فلا يسقط شيء من
الثمن ولهذا كان له ان يبيعها مرابحة بكل الثمن قوله قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها من الثمن
اذا قسم على قيمة الارض وقيمة البناء وقت العقد لانه بالاستهلاك صار مقصودا فاخذ قسطا من الثمن قوله
وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه منقول وانما كان ياخذه قبل النقض بحكم التبعية وقد زالت التبعية
قوله وجه الاستحسان انه تبع ما دام متصلا فيعطى له حكم النخل وللشفيع حق اخذ النخل فكذا
حق اخذ ما كان بمعناه قوله وما كان مركبا فيه كالابواب والسرر المركبة قوله على ما عرف في البيع
يعني ان الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسري حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد
ملك المشتري ايضا كالامة قوله في الفصلين جميعا يعني في فصل ما اذا كان في النخل ثمر حين وقع الشرا
ثم جده المشتري وفي الفصل الثاني ما اذا لم يكن في النخل ثمرة حين وقع الشرى ثم اثمر النخل ثم جده
المشتري ثم جاء الشفيع ليس للشفيع حق في الثمر في الفصلين لانه لم يبق تبعا لان تبعيته انما كانت
بالاتصال بالنخل ولم يبق متصلا قوله قال في الكتاب اي مختصر القدوري قوله فان جده المشتري سقط
عن الشفيع حصته بان يقسم الثمن على قيمة الارض وعلى قيمة الثمر فياخذ الارض بحصتها قوله وهذا
جواب الفصل الاول وهو ما اذا ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر قوله في الفصل الثاني وهو ما اذا ابتاعها
وليس في النخل ثمر فاثمر هذا الذي ذكره هو جواب ظاهر الرواية خلافا لابي يوسف رحمه الله في قوله
الاول ذكر في المبسوط اشترى ارضا فيها نخل ليس فيها ثمر فاثمر في يد البائع فاكلها سنين ثم جاء الشفيع
ياخذها بجميع الثمن ان شاء وكان ابو يوسف يقول اولا يحط من الثمن حصة ما اكل المشتري من الثمر لان
حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري قبل التسليم اليه ولو اكل البائع الثمار الحادثة بعد

العقد يحط عن المشتري حصتها من الثمن كما يحط حصة الثمرة الموجودة عند العقد فلذلك في حق الشفيع
ثم صحح ان ساول الثمار الحادثة يمنع المشتري من بيعها مرابحة حتى يبين ومع ذلك كالثمار الموجودة
فكذلك في حق الشفيع وجه ظاهر الرواية وهو الذي رجع اليه ابو يوسف رحمه الله ان المشتري
تملك الارض والنخل بجميع الثمن والشفيع انما ياخذها بمثل ما يملك به المشتري وهذا لان الحادث من الثمار
بعد القبض لا حصة له من الثمن فانه لم يكن موجودا عند العقد ولا عند القبض وانقسام الثمن يكون باعتبار
هما ولو كان باقيا في يد المشتري كان يضم الى الاصل ويبيع الكل مرابحة فاذا اتلف لكن له ان يبيعه مرابحة
من غير بيان الا ان يكون الثمن عليه مثل ما اكل وهذا بخلاف الثمار الموجودة عند العقد اذا اخذها
فالثمار الموجود حصة من الثمن ولا حق للشفيع فيها بعد الجداد ويطرح عن الشفيع حصتها من الثمن
وذكر في الايضاح لو كانت الثمرة قائمة فقبض المشتري واستهلكها او هلكت في يده سقط عن الشفيع حصة
من الثمن لان العقد ورد عليها مقصودا فترفع حصتها عن الشفيع ولو اثمر في يد المشتري فجاء الشفيع
والثمر في النخل فله ان ياخذها بالثمر الاول لانه زاد عليه فان جزها المشتري ثم جاء الشفيع والثمر قائمة
او مستهلكة اخذ الارض والنخل بجميع الثمن ان شاء بخلاف ما اذا احدث في يد البائع قبل القبض فاتلفه
البائع انه يرفع عنه الحصة لان ما حدث قبل القبض له حصة على اعتبار صيرورته مقصودا بالقبض
او ما اتلاف البائع والزيادة الحادثة بعد القبض لا حصة لها من الثمن لانه لم يرد عليها العقد ولا القبض
الذي له شبه بالعقد ففواتها لا يوجب سقوط شيء من الثمن

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل انما يحتاج
اليه اذا سبق ذكر الاجمال قوله الشفعة واجبة اي ثابتة في العقار كل ما له اصل من دار او ضيعة قوله
وان كان مما لا يقسم اي وان كان مما لا يحتمل القسمة اي لو قسم قسمة حسية لا ينتفع به كالحمام والرحى بخلاف
الارض قوله وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم والخلاف على ان الشفعة عنده تجب لدفع ضرر مؤنة
المقاسمة فيما لا يقسم لا يتحقق فيه هذا المعنى وعند مالك رحمه الله لا شفعة في الابار لان النص
ورد بها في العقار ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل شيء عقار او ربع اي دار وغير ذلك
من العمومات التي رويناها ولان الشفعة انما تجب لدفع ضرر التاذي باعتبار اتصال الملك على التابيد وهذا
المعنى موجود فيما يقسم وفيما لا يقسم قوله والرحى اي بيت الرحى قوله ولا شفعة في العروض
والسفن وقال مالك رحمه الله تثبت في السفن ايضا لانها تسكن كالعقار ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
لا شفعة الا في ربع او حائط اي بستان واصله ما احاط به ولان الشفعة انما شرعت بخلاف القياس
في العقار لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام وما ينقل ويحول فالتاذي فيه لا يدوم لان الملك في المنقول
لا يدوم كما يدوم في العقار لانه لا يشترى عادة للبيع بل للمصلحة المعاش بخلاف المنقول

فلا يلحق به لا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة بناء على ان الشفعة انما تجب بالارض
التي تملك رقابها حتى لو بيعت دار بجنب دار الوقف فلا شفعة للوقف لا ما اخذها المتولي وكذلك
اذا كانت هذه الدار وقفا على رجل لا يكون للموقوف عليه حق الشفعة بسبب هذه الدار كذا في الذخيرة
قوله اذا لم يكن طريق العلو فيه اي في السفل بل اذا كان له طريق في السفل كان استحقاق صاحب
العلو الشفعة بسبب شركته في الطريق لا بسبب الجوار حتى انه يكون مقدما على الجار الملاصق
قوله والمسلم والذمي في الشفعة سواء بناء على ان النصوص لم تفصل ولانهم استووا في علة الاستحقاق
وهي دفع ضرر الذي يسوء الجوار وسبب الاستحقاق قوله والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا
اي يستحق الشفعة فان قلت انما تجب الشفعة بحق الملك في الارض حتى لو بيعت دار بجنب دار الوقف
لا شفعة للوقف وكذا قوله في المتن لان الشفعة سببها الاتصال في الملك وليس للعبد والمكاتب ملك
رقبة الارض فلم يستحقان الشفعة قلت ان استحقاقهما التصرف في الارض بالبيع والشراء قام مقام ملك
الرقبة كما قال ابو حنيفة رضي الله عنه باستحقاق الشفعة للمشتري له الخيار اذا بيعت دار بجنب تلك
الدار المشتراة مع انه لا يقول بالملك لما عرف قوله وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة لان
هذه الاعواض متقومة عنده بتقرير ما قال ان التقوم حكم شرعي والشرع جعل هذه الاشياء مضمونة
بهذه الاعواض وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء الا ترى ان الشرع جعل المهر قيمة البضع وكذا المنافع جعلت
متقومة كالاعيان واذا جعل الدار عوضا عن البضع ونحوه وقد تعذر على الشفيع الاخذ به فله
ان ياخذ بقيمته معناه في الخلع باخذ الشفيع بمهر المثل وفي الاجارة بقيمة المنفعة وهي اجر المثل وفي التزوج
بمهر المثل وفي الصلح عن دم العمد بالدية وفي العتق بقيمة العبد كما لو اشترى دارا بعبد قوله اي فيما
اذا جعل حصة من دار مهرا او اجرا او بدل خلع ونحوها لما عرف وتقرير ما قال اصحابنا ان المال ليس
بمثل للمستحق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى فلم يصلح قيمة له لان قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما
في المعنى الخاص وهذا المعنى لا يتحقق بين المال وبين المستحق بعقد النكاح غير ان الشرع جعل ملك النكاح
مضمونا بالمهر ابانة لخطره واعظاما لقدره وصونا لهذا العقد عن الشبه بالاباحة على ما مر في النكاح
فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة فلا يظهر معنى التقوم في حق
الشفيع وكذا المنافع ليست باموال عندنا ولهذا لا تضمن بالغصب والاتلاف لما عرف وانما يظهر تقومها
للضرورة فلا يظهر في غيرها وكذا الدم والعتق غير متقوم لان قيمة الشيء ما يقوم مقامه في المعنى الخاص
المطلوب وهو معدوم فيهما وانما وجبت الدية صيانة للدم عن الهدر والاعتاق ازالة المالية واسقاطها
فانى يقوم مقام المال بقيمته قوله وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها دارا مهرا لم يكن فيها شفعة
لانه بمنزلة مهر المثل فهو مقابل بالبضع قوله بخلاف ما لو باعها بمهر مثلها او بالمسمى دارا لان البيع

مبادلة مال بمال فالنص على لفظ البيع دليل على انه ملكها الدار عوضا عن مهر المثل او المسمى فكان هذا
مبادلة مال بمال قوله وقالا تجب في حصة الالف اي عندهما تنقسم الدار على مهر مثلها والالف درهم فما اصاب
الالف تجب فيها الشفعة اعتبارا للبعض بالكل ولابي حنيفة رضي الله عنه ان البيع تبع للنكاح هنا لان العقد
حصل بلفظ النكاح ولو كان البيع اصلا لكان هذا نكاحا في بيع فيفسد البيع وانما جاز لانه تبع ولا شفعة
في الاصل فكذا في التبع وهذا لان الشفعة انما شرعت في المعاوضة المالية المقصودة قوله حتى ان
المضارب اذا باع الى آخره صورته اذا كان راس المال الفا فاتجر المضارب وربح الفا ثم اشترى بالفين دارا
في جوار رب المال ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار ان البيع
بيع لرأس المال والربح مقابلة راس المال يستحقه رب المال لان البيع كان لرب المال اذ المضارب وكيل لرب المال
وكل بيع له لا تجب له الشفعة فيه فلا تجب في التبع ايضا قوله ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح ان يصالح
عنها بانكار يعني عطف في المختصر قوله او يصالح عليها بانكار على الصور التي لا شفعة فيها فانها اذا ذكر مثله
وهو قوله ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها الى قوله او يصالح عليها بانكار حسب الحق بهذه الصورة
بالصورة التي لا يجب فيها الشفعة وليس كذلك بل انما كان عدم وجوب الشفعة في الصلح على الانكار فيما
اذا كانت الدار مصالحا عنها لان الصلح اذا وقع على الدار وجبت الشفعة في الاحوال الثلاث من اقرار وانكار وسكوت
والتفصيل بين الاقرار والانكار فيما اذا وقع الصلح على الدراهم عن الدار اعلم انه لا شفعة فيها اذا صالح عن دار
بانكار او سكوت لانه لم يكن مبادلة المال بالمال في زعمه لانه يبقي على قديم ملكه وانما بذل المال افتداء لليمين وقطعا للشغب
وان صالح عنها باقرار او صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة اما في الاول فلوجود مبادلة المال
بالمال لانه اعترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح واما في غيره فلانه اخذها عوضا عن حقه فلا يكون معاوضة
قوله عوضا عن حقه في زعمه اي عن حق المدعي في زعم المدعي قوله اذا لم يكن من جنسه اي اذا لم يكن العوض من جنس
حقه وانما قيده لانه اذا كان من جنسه يكون اخذ حقه فلا يكون معاوضة فلا تجب الشفعة قوله ولا شفعة
في هبة لانها ليست معاوضة مال بمال فصارت كالارث قوله الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولكن
يشترط التقابض وعدم الشيوع في الموهوب والعوض لانه هبة ابتداء لما مر في الهبة قوله اذا لم يكن العوض
مشروطا في العقد فلا شفعة فيها خلافا لمالك رحمه الله له انه معاوضة فاشبه البيع ولنا ان العوض اذا
لم يكن مشروطا في العقد لم يكن معاوضة بل الهبة تبرع والعوض تبرع ولا شفعة في التبرعات وامتناع
الرجوع لمكان التعويض لا يصيرها بيعا قوله ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لان خيار البائع
يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفعة فبقاء ملكه اولى قوله فان اسقط الخيار
وجبت الشفعة لزوال المانع عن خروج المبيع عن ملكه فصار كان البيع وقع لازما من الاصل ولكن ان
طلب الشفيع يشترط عند البيع ام عند سقوط الخيار والاصح انه يشترط عند سقوط الخيار لان البيع

انما صار سببا لا مادة الحكم حينئذ ولان حق الشفعة ينبني على انقطاع حق البائع وحقه انما انقطع عنده
قوله يبني عليه اي على زوال الملك للبائع على ما مر اي في اوائل كتاب الشفعة في قوله والشفعة تجب بعقد
البيع قوله واذا اخذها في الثلث اي اذا اخذ الشفيع الدار في مدة الخيار التي هي الثلث وانما قيد بها
لئلا يكون المثال على الاتفاق قوله وجب البيع اي تقرر وتحقق البيع الذي جرى بين البائع والمشتري
بشرط الخيار وانما ذكر هذا لان المشتري بخيار الشرط لو رد البيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفيع
الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقق بل انفسخ من الاصل حينئذ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة لان هذا ليس
باقالة بل انفساخ من الاصل فكان السبب منعدما في حقه من الاصل قوله ولا خيار للشفيع اي خيار
الشرط الذي كان ثابتا للمشتري لا يكون ثابتا للشفيع وان كان فيه انتقال اضافة الصفقة من المشتري
الى الشفيع لان الشرط انما يثبت لمن شرط له والخيار انما شرط للمشتري لا للشفيع وانتقال الصفقة
انما كان في نفس البيع لا في شرطه قوله والخيار لاحدهما اي لاحد المتعاقدين من البائع والمشتري قوله فله الاخذ
بالشفعة اي فلمن له الخيار الاخذ بالشفعة قوله اما البائع فظاهر اي الخيار اذا كان للبائع فاخذه بالشفعة
ظاهر لان ملكه لم يزل بالبيع بخيار الشرط فيما كان ملكه باقيا فيها ما كان له ولانه الاخذ بالشفعة فاذا اخذها
كان ذلك من البائع نقضا للبيع لانه قرر ملكه واقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار يكون نقضا للبيع
وهذا لانه لو لم يجعل ناقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري من وقت العقد فيتبين بذلك انه اخذها
بالشفعة من غير حق له قوله وكذا ان كان الخيار للمشتري فان له الشفعة اما عندهما فظاهر وكذا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه صار احق بها مع خياره وذا يكفي في ثبوت حق الشفعة كالماذون له اذا
بيعت دار بجنب داره فان قلت لما كان من اصل ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يملك المبيع في مدة الخيار
واستحقاق الشفعة باعتبار الملك لهذا لا يستحق المستاجر والمستعير فكيف يثبت للمشتري الشفعة
في هذه قلت صار لحصول التصرف فيها فاعتباره يتحقق الضرر المحوج الى الدفع عن نفسه وصار
كالمكاتب في جوار اخر في دار بخيار الشرط قوله وفيه اشكال اوضحناه في السوع وهذه الحوالة في حق
الاشكال غير رائجة بل فيه جواب لاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها
فاخذها بالشفعة فقد رضي لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك الى اخره بل الاشكال انه يدعي بهذا
الفصل المناقضة على ابي حنيفة رحمه الله فيقول اذا كان من اصله ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع
في مدة الخيار واستحقاق الشفعة باعتبار الملك فكيف يثبت له الشفعة في هذه الدار ولكن عذره ان المشتري
صار احق بها مع خياره لما مر الان قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض
فلبقاء الملك للبائع واما بعد القبض فلاحتمال الفسخ لان لكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد
مستحقا لله تعالى وفي اثبات الشفعة اسقاط حق الفسخ وفيه تقرير الفساد فلا يجوز الا صالة

الى الشافعي بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لما انه اخص مصرفا وههنا منبع عن التصرف فان قلت
لم لم يجعل ههنا كما جعل في الشراء بشرط الخيار لئلا يلزم تقرير الفساد وهو ان يسقط المفسد في حق الشفيع كما
اسقط الخيار الثابت للمشتري قلت لا وجه هنا لذلك لانا لو جعلنا كذلك يلزم فساد اخر فلا فائدة في دفع الفساد
الاول وذلك لان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا
فلو اسقطنا العوض لفساده فيبقى البيع بلا عوض وهو فاسد ايضا فلا يثبت الشفعة هناك ايضا فلا فائدة
واما الخيار انما يثبت للمشتري لمعنى راجع خارج عن العوضين بل هو التامل والتروي فلا يلزم من اسقاط
خيار التامل للمشتري اسقاطه للشفيع فلا يثبت الخيار في حق الشفيع لذلك قوله فان سقط حق الفسخ
بان باع المشتري من اخر ثبت الشفعة لان امتناع حق الشفعة انما كان لثبوت حق الفسخ فاذا سقط حق الفسخ
وجبت الشفعة كما لو كان في البيع خيار البائع فيسقط وللشفيع ان ياخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور او يفسخ
البيع الثاني وياخذه بالبيع الاول بقيمته لانه اجتمع سببان فله ان ياخذ باي سببا شاء فان اخذ بالثاني اخذ بالثمن
لان الشراء الثاني صحيح وقد يملك المشتري بالثمن وان اخذ بالاول اخذ بالقيمة لان المبيع في البيع الفاسد مضمون بالقيمة
فان قلت اذا نقض البيع الثاني يجب ان يعود حق البائع في الاسترداد وحينئذ لا يثبت للشفيع الشفعة قلت
اسقاط البيع الثاني مع صحته لحق الشفيع يقتضي التملك بالشفعة فلا يجوز ان يكون مبطلا حق الشفيع لئلا يعود
على موضوعه بالنقض قوله ومن بيع بجنبها اي بجنب الدار المبيعة بيعا فاسدا فالبائع ... اي للبائع الشفعة قوله وان سلمها الى المشتري فهو على
الى المشتري شفعتها لا البائع لان الملك للمشتري فان قلت الشفيع يلزم ههنا تقرير الفاسد في حق المشتري
حيث اخذ الدار المشفوعة بسبب الدار المشتراة بالشراء الباطل وقد ذكر ما قبل هذا ان الشفعة في البيع الفاسد
لئلا يلزم تقرير الفاسد قلت لا يلزم لان المشتري ههنا بعدما اخذ الدار المشفوعة بجوار داره التي اشتراها
بالشراء الفاسد يمكن فسخ شرائه بسبب الشراء الفاسد ولا فساد في الدار التي اخذها بطريق الشفعة اما
هناك لو قلنا ان المشتري بالشراء الفاسد يوصف الفساد فكان تقريرا للفساد قوله وان سلمها اي
سلم البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشتري قوله قبل الحكم بالشفعة اي للبائع بطلت شفعته
لانه لم يبق له ملك ما يستشفع به قوله بخلاف ما اذا سلم بعد حكم الحاكم بالشفعة حيث لا يبطل شفعته وكذا
اذا اخذ الشفعة بالتراضي ثم سلم الدار الى المشتري قوله وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم
بالشفعة له اي للمشتري لا يثبت زوال الجوار قبل ان ياخذها بالشفعة وبقاء السبب للشفيع الى وقت الاخذ
بالشفعة شرط للقضاء بالاخذ ان ههنا كما لا يثبت الشفعة للمشتري فكذلك لا يثبت للبائع الذي استرد
الدار التي يستشفع بها ايضا اما لا يثبت للمشتري فلانه انقطع ملكه عن الدار التي يستشفع بها قبل ان ياخذ بها
الشفعة وبقاء ملكه الى وقت الاخذ شرط واما في حق البائع فانه اذا لم يكن جارا حين بيعت هذه الدار فكان
البائع والمشتري ههنا بمنزلة ما لو باع الشفيع داره التي يطلب بها الشفعة قبل ان يحاصم بالشفعة

فانه لا يستحق الشفعة بالشفعة لانه زال جواره قبل ان يأخذ بالشفعة ولا للمشتري منه لان جواره
حادث بعد البيع بملك الدار قوله وان استردها بعد الحكم بالشفعة بالسابقة على ملكه اي ولو استرد البائع من
المشتراة شراء فاسدا بعد حكم الحاكم بالشفعة للمشتري بسبب ملك الدار المشتراة شراء فاسدا
تبقى الدار المأخوذة بالشفعة على ملك المشتري وان لم تبق المشتراة على ملك المشتري قوله
ولا شفعة في هذا اي في انه لا شفعة عند قضاء القاضي بالرد ومراده اي مراد القدوري في قوله واذا اشترى
دارا وسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بعيب بقضاء قاض لانه لان بجعله فسخ من الاصل ولو كان
وان كان بغير قضاء الامر اي ان الرد بغير قضاء يحتاج الى رضا صاحبه وقضاء القاضي بخلاف
الاقالة لانها لا تتم باحدهما وكانت بيعا جديدا في حق ثالث قوله او بعيب بلا البيع فللشفيع الشفعة
خلافا لزفر رحمه الله لان العقد انفسخ بالرد بالعيب والاقالة لان الاعتبار لقصد المتصرفين وهما قصدا الفسخ ولنا
ان الرد بالعيب بغير قضاء والاقالة بمنزلة البيع المبتدا لانه تم بتراضيهما في محل كل واحد منهما مال متقوم وهذه حقيقة
المعاوضة الا انهما قصدا الفسخ ولهما ولاية على انفسهما فكان فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما
فكان بيعا جديدا في حق الثالث الشفيع بانهما تجدد به حق الشفعة قوله على ما عرف الحرف الذي يدور
عليه هذه المسائل انه متى عاد بالرد الى قديم ملك البائع لا يتجدد للشفيع الشفعة لان حقه لم يكن ثابتا
في قديم ملكه متى لم يعد الى قديم ملكه كان هذا في معنى ملك حدث له بسبب مبتدا يتجدد به حق الشفعة
والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي او بعد القبض بالاقالة بهذه الصفة حتى اذا كان
المشتري موهوبا لا يرجع فيه الواهب ولو كان المشتري شراء فاسدا لا يسترده البائع بخلاف ما بعد القضاء
قبل القبض حيث لا يكون سببا مبتدا حتى بقي للواهب والبائع حق الاسترداد والرد بخيار رؤية او شرط
او عيب الخ

باب ما يبطل به الشفعة

ولا اشكال ان البطلان يقتضي الثبوت سابقا اما صورة او معنى فلذلك ذكر هذا الباب بعد ما ذكر ما تثبت به
الشفعة وذكر في الذخيرة تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة
او لم يعلم وعلم من اسقاط اليه هذا الحق او لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق الا ترى انه يصح من غير
قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجود الحق اما لا يعتمد علم المسقط اليه كالطلاق والعتاق
قوله واذا ترك الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته فان قلت ذكر ترك الاشهاد
هنا مبطل للشفعة وذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بلازم وانما هي لنفي التجاحد قلت يحتمل ان يراد
بهذا الاشهاد نفس طلب المواثبة ولكن لما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي
سمي هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ما ذكر من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكر
من التعليل ههنا قوله وان صالح من شفعته على عوض الى آخره اعلم صلح الشفيع مع المشتري

على ثلاثة اوجه في وجه يصح وهو ان يصالح على ان يأخذ نصف الدار بنصف الثمن وفي وجه لا يصح ولا يبطل شفعته
وهو ان يصالح على ان يأخذ بيتا من الدار بحصته من الثمن لان حصته مجهولة ولا يبطل شفعته لانه لم يوجد منه
الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح وفي وجه يبطل الشفعة ولا يجب المال وهو ان يصالح على ان يترك الشفعة
بمال يأخذه من المشتري فههنا يبطل شفعته لانه اسقاط حقه مختارا ورضي بجوازه ولكنه طمع في غير مطمع
وهو المال فانه لا يستحق المال الا بمقابلة ملك له وحق الشفعة ليس بملك له لانه حق التملك ولا حق
في المحل قبل التملك فلا يصح الاعتياض عنه لانه يكون رشوة ولان حق الشفعة ثبت بخلاف القياس لدفع
الضرر فلا يظهر ثبوته في حق الاعتياض ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد وهو شرط المال
اولى بيانه انه لو قال الشفيع اسقطت شفعتي فيما اشتريت على ان تسقط شفعتك فيما اشتريت فانه يسقط
شفعته وان لم يسقط المشتري شفعته فيما اذا اشترى الشفيع فعلم ان اسقاط الشفعة لا يتعلق
بالشرط الجائز اذ المعنى به ان يكون ملائما للاسقاط واسقاط الشفعة بالعوض المالي شرط فاسد لانه غير
ملائم لانه اعتياض عن مجرد الحق في المحل وهو حرام ورشوة واذا لم يتعلق بطل الشرط وصح الاسقاط
بخلاف القصاص لانه حق متقرر ولهذا انتقل ملك القصاص الى ما لا ملك الشفعة فصار من عليه القصاص
كالمملوك له في حكم الاستيفاء فيجوز الاعتياض عنه قوله وكذا لو باع شفعته بمال يعني من البائع او من
المشتري بطل شفعته لما بينا اشارة الى قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى آخره اما لو باع من اجنبي
بطل المعاوضة ولا يبطل شفعته كذا في الجامع الكبير قوله اذا قال للمخيرة اختاريني بالف اي اذا اختاره
لم يجب العوض ويبطل اختيارها كذا في الايضاح قوله والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية
ان الكفالة باطلة والعوض باطل كما في الشفعة لان الاعتياض لا يصح والاسقاط صحيح فان صحته لا يتوقف
على العوض وفي الاخرى لا يبطل الكفالة لان الكفالة بالنفس سبب لحصول المال فيما به الرجوع بالمال من هذا
الوجه فاذا لم يرض ببطلانه مجانا لم يبطل كذا في الايضاح قوله قال رضي الله عنه ومعناه اذا مات بعد
البيع قبل القضاء بالشفعة صورته اي دارا بيعت وله شفيع فطلب الشفعة واشهد ثم مات
قبل الاخذ بقضاء القاضي او بتسليم المشتري فاراد ورثته اخذها فليس لهم ذلك خلافا للشافعي رحمه الله
فان عنده تورث عنه بناء على ان هذا حق معتبر في الشرع فيورث عنه كالقصاص وحق الرد بالعيب ولنا
انه مجرد حق التملك وهو ولاية التملك وذا لا يبقى بعد موت صاحب الولاية فكيف يورث عنه بخلاف القصاص
لان من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص حتى صح الاعتياض عنه والعين المملوك يبقى بعد موت المالك فاما
الدار فلم يصر مملوكة للشفيع ولهذا لم يصح الاعتياض ولا يملكها الا بتمليك القاضي او احد المتعاقدين
والجواب عن حق الرد بالعيب من خيار الشرط فيما نظرا ان قوله وان مات المشتري لم يبطل شفعته لان المستحق
باق وبموت المستحق عليه لم يتغير سبب الاستحقاق بخلاف موت الشفيع فان السبب الذي كان يأخذ به الشفعة

نزول بموته وهو ملكه وتمام السبب الى وقت الاخذ شرط ولهذا لو ملكه قبل ان ياخذ المشفوع لم يكن له
ان ياخذ بالشفعة فكذا اذا زال بموته والثابت للوارث جوار وشركة حادثة بعد البيع فلا يستحق بها الشفعة
قوله ولا تباع في دين المشتري ووصيته اي لا يجعل دين المشتري ووصيته بعد ما باع الشفيع بناء على ان حق
الشفيع متقدم على حق المشتري لكون بعد ما علم ثم لما انه من قبله وهو الغريم والموصى له فللشفيع ان
يبطل البيع وياخذها بالشفعة كما لو باعها المشتري في حياته وهذا لان بيعه يتضمن ابطال حقه فلا يكون سبيل منه
وكذا لو اوصى المشتري فيها بوصية اخذها الشفيع وبطل الوصية كما لو تبرع بها في حياته بالهبة قوله وبيع
المشتري اذا باع او ابتيع له او اجاز البيع فلا شفعة لان الشفعة انما يبطلها باظهار الشفيع الرغبة عن الدار
لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة في المشتري فلا يكون ابطالا للشفعة فاما البيع فاظهار الرغبة عنه
فيكون ابطالا لحق الشفعة قوله والاصل ان من باع الى اخره بيانه هو ان صاحب الدار وكل شفيع الدار بالبيع
فباعها فلا شفعة له لانه هو الذي باع ولو ان مضاربا لرجل باع دارا من المضاربة ورب المال شفيعها بدار له
اخرى فلا شفعة له لانه بيع له وان كان لا يملك نقضه عن البيع ولو ان المشتري وكل شفيع الدار بشرائها
فاشتراها فله الشفعة الا ترى انه لو اشترى دارا لنفسه وهو شفيعها كان له الشفعة حتى انه لو جاء شفيع
مثله اخذ نصف الدار ان لم يأخذ الدار منه ولو جاء شفيع وارثه فلا شفعة له وكذا لو اشترى المضارب بمال
المضاربة دارا ورب المال شفيعها فان له ان ياخذ بالشفعة لانه اشترى له قوله ولو ضمن الدرك هو التبعة
بسكون الباء وتحريكها ذا دبه ههنا تبعة الاستحقاق يعني ان المشتري لو شرط على البائع ضمان الشفيع الدرك فضمن لم يكن له
شفعة لان تمام البيع كان بضمانه فلا تتم البيع الا بان يضمن هو الدرك وحين تم البيع به لم يكن له ان ياخذ بالشفعة
بناء على البيع مزيل للملك فاقدامه عليه يدل على اختياره زوال الملك وذلك منه رغبة عن الاخذ لانفسه فلا
شفعة له قوله وامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له بخلاف المشروط له الخيار من
جانب المشتري هذا بناء على ان الشفعة انما تبطل باظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها
قوله واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف الى اخره والاصل فيه ان الغرض في الشفعة يختلف باختلاف
قدر الثمن وجنسه والمشتري فاذا علم على بعض الوجوه ثم تبين خلافه بقيت الشفعة بحالها لان التسليم
لم يوجد على الوجه الذي استحقه بيانه اذا اخبر ان الدار بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باكثر
فالتسليم صحيح لانه انما سلم لاستكثار الثمن فاذا كان اكثر من ذلك كان ارضى بالتسليم وان علم انها بيعت باقل
او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فهو على شفعته لان التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على تسليمه عند القلة وكذا
تسليمه في احد الجنسين لا يكون تسليما في الاخر فربما يسهل عليه احدهما ويتعذر عليه الاخر قوله وقال زفر رحمه الله
له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا احل التفاضل بينهما فصار كانه قال سلمت الشفعة ان كان الثمن الف درهم فاذا
تبين ان الثمن دنانير فهو على شفعته كما في المكيلات والموزونات ولنا انهما كالجنس المتحد في حق الثمنية وكلامنا
في

في الثمن ولهذا جعلا جنسا واحدا في اكثر الاحكام حتى يكمل نصاب احدهما بالاخر والمكره على البيع بالدراهم مكره
على البيع بالدنانير واذا باع بشيء من الدراهم ثم اشترى ما قبل قبضها بما باع بالدنانير لا يجوز ورب الدين اذا ظفر بدنانير
المديون وحقه في الدراهم له ان ياخذ ومال المضاربة اذا صار دنانير عمل نهي رب المال فيه كما لو صار دراهم
وانما اعتبرا جنسين في حق الربا فرجح ما يوجب المجانسة بالمكره الحاقا بالاعم الاغلب وكان التسليم بالدراهم
تسليما بالدنانير اذا كانت قيمتهما سواء قوله وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية والفرق انه اذا سلم
في النصف فقد تحامى عن ضرر الشركة فاذا تبين انه لا شركة بقي حقه فاما اذا سلم في الكل فقد صار مسلما في البعض
وتسليمه بدون العيب تسليم مع العيب بالطريق الاول وروي على ضد هذا لانه اذا سلم الكل لا يكون تسليما
للنصف لجواز ان يكون تسليم الكل لعدم قدرته على الثمن وربما يمكن من البعض فاما اذا سلم في البعض فقد عجز عن اداء
ثمن البعض فيكون عاجزا عن الكل بالطريق الاولى فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم بذلك
في هذا الفصل لانه يحتمل ان يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص
من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه قوله لما بينا اشارة الى قوله لانقطاع الجوار قوله لان الشفيع جار فيهما
الا ان المشتري شريك في الثاني فيتقدم عليه ما وتل المسئلة اذا بلغ الشفيع بيع سهم منها فرده اما اذا بلغه
البيعان فله الشفعة فيهما قوله ابتاع السهم بالثمن الا درهما ان باع عشر الدار بتسعة اعشار الثمن
ثم باع تسعة اعشار الدار بعشر الثمن فلا يرغب الشفيع في احد العشر بكثرة الثمن والحيلة في الباقي لان المشتري
شريك وقت شراء الباقي ولو ان المشتري في هذه الصورة خاف انه ان اشترى عشر الدار بتسعة اعشار الثمن لا يبيع الباقي
بعشر الثمن فالحيلة في ذلك للمشتري ان يشترط لنفسه الخيار الشرط ثلثة ايام حتى لو ابى البائع ان يبيع الباقي بعض
بحكم الخيار ولو ان البائع خاف في هذه الصورة انه ان باع الباقي بعشر الثمن يفسخ المشتري البيع الاول فالحيلة
للبائع ان يبيع الباقي بشرط الخيار لنفسه ثلثة ايام بحيث ان السعر معا فان خاف كل واحد منهما ان اجاز لم يجز
صاحبه فالحيلة في ذلك ان يوكل كل واحد منهم وكيلا ما خاف البيع ويشترط على الوكيل ان يجيز بشرط ان يجيز
صاحبه ولا يجيز ان لم يجز قوله والاوجه ان يجيء ذكره في مساوي قاضي خان وجه الحيلة انه اذا اراد ان يبيع
الدار بعشرة الاف درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة الاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير
او اقل او اكثر فلو اراد الشفيع ان ياخذها باخذها بعشرين الفا فلا يرغب بالشفعة ولو استحقت الدار
على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطى لانه اذا استحق الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن
الدار فبطل الصرف قوله ولا يكره الحيلة في اسقاط الشفعة الى اخره اعلم ان الحيلة في هذا الباب على نوعين
نوع لاسقاطها بعد الوجوب وذلك ان يقول المشتري للشفيع انا ابيعها منك بما اخذت فلا فائدة لك في الاخذ
فيقول الشفيع نعم او يقول المشتري للشفيع اشتر مني بما اخذت فيقول الشفيع نعم او يقول اشتريت فيبطل
به شفعته وانه مكروه بالاجماع ونوع لمنع وجوبه وقد اختلف المشايخ فيه بعضهم على قول ابي يوسف رحمه الله

لا يكره وقول محمد رحمه الله يكره وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكوة ومنهم من قال في الشفعة
لا يكره الحيلة بمنع وجوبها بلا خلاف وانما الخلاف في الزكوة ثم الحيل يرجع الى منع وجوبها وبعضها يرجع
الى ابطالها ومن الحيلة ايضا ان يستاجر صاحب الدار من المشتري ثوبا ليلبسه يوما الى الليل بجزء من مائة جزء
من داره التي يريد بيعها ثم يصح حتى يمضي اليوم او يشرط التعجيل حتى يملك ذلك الجزء للحال ثم يبيع الباقي
منه فلا يكون للجار الشفعة لا في الجزء الاول لانه ملكه بعقد الاجارة ولا في الجزء الثاني لان المشتري شريك
في الدار وقت والشريك مقدم على الجار ومنها ان يضمن الثمن للبائع فاذا ضمن بطلت شفعته وكذا لو شرط
شرط الخيار للشفيع يلزمه اتمام فلا شفعة له قبل اسقاط الخيار واذا اسقط بطلت شفعته وهذه
الوجوه تعم الجار والشريك ومنها ان يبيع البناء من الدار من المشتري ليقلعه بثمن قليل ويبيع الساحة
بثمن كثير فلا يجب للشفيع في البناء لانه نقلي ولا يرغب في الساحة لكثرة الثمن كذا في الذخيرة **قوله**
وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة وذلك بان يبيع نصاب السائمة بغيرها في اخر الحول فرارا
على وجوب الزكوة **مسائل متفرقة** اخر المسائل المتفرقة كما هو داب المصنفين **قوله** واذا اشترى
خمسة نفر الى اخره ولم يذكر محمد رحمه الله في الجامع من مسائل الشفعة الا مسئلة واحدة وهي هذه **قوله**
فيتضرر به زيادة الضرر اي يتضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه وهو ضرر يستفيض ملكه عليه
والشركة عيب فيتضرر به المشتري والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا يشرع على وجه
يتضرر به الدخيل ضررا زائدا سوى اخذ الدار منه اما في الوجه الاول فقد وقعت الصفقة متفرقة على
كل واحد منهم فاذا اخذ نصيب احدهم فقد يملك جميع ما اشترى فلا يتضرر به المشتري ضرر التبعيض
حتى لو كان ذلك قبل نقد الثمن واراد الشفيع ان ياخذ نصيب احدهم بحصته من الثمن لا يملك ذلك لما فيه
من تفريق الصفقة على البائع ذكره قاضي خان وانه لا يجوز وله ان ياخذ نصيب احدهما بعد القبض لان التملك
حينئذ يقع على المشتري وقد اخذ منه جميع ملكه **قوله** وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها
وليس له ان ياخذ حصة احدهم وقال الشافعي رحمه الله له ان ياخذ نصيب احدهم كما في فصل الاول ولنا ان فيه
اضرارا بالمشتري بتفريق الصفقة وفيه الصفقة متفرقة ولا فرق بينهما قبل قبض المشتري المبيع او بعده
وهو الصحيح وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنهما انه فصل فقال ان اخذ قبل القبض نصيب احدهم
ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك لانه اخذ نصيب احدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفريق اليد بخلاف
ما بعد القبض لانه لم يبق يد البائع ولكنا نقول قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه
ما لم ينقد الاخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع كاحد المشتريين في مسئلة المتن فيها منقودا
ومعنى قوله ياخذ نصيب احدهم اشترى نصف دار فقاسم البائع فللشفيع ان ياخذ الذي صار للمشتري
او يدع وليس له ان ينقض القسمة لان القسمة من تتمة القبض لان القبض للانتفاع والتمام الانتفاع في الشائع

الشفعة صح

الا بالقسمة ولهذا لا يتم القبض في الشائع في الهبة الا بالقسمة وليس للشفيع ان ينقض القبض بجعل العهدة
على البائع وان كان فيه فائدة فكذا ان ينقض القسمة المكملة للقبض ثم لا بد في هذا الفصل من بيان الصفقة
اعلم ان اتحاد الصفقة وتعددها في البيع بالنسبة الى العاقد وغيره فاذا اتحد الكل اتحد الصفقة وان تعدد العاقد
بان كان البائع او المشتري اثنين واتحد العقد والثمن بان قال للمشتريين بعت منكما او قالا بعنا منك فالصفقة
متحدة ولو تعدد الثمن بان قال البائع هذا بكذا وهذا بكذا او قال المشتري كذلك والعقد والعاقد واحد فكذلك
ولو تعدد العقد وذلك لا يتصور مع اتحاد الثمن لان تعدد العقد ان يقول بعتك هذا بكذا وبعتك هذا بكذا
فيتعدد الثمن فيتعدد الصفقة كما لو تعدد لانشاء العلة ولو اتحد العقد وتعدد العاقد والثمن فانه يتعدد
وقيل لا وبه يفتى فمتى تفرق العقد بتفرق الثمن لا محالة تتفرق الصفقة لو جعل حسه التفرق ومتى اتحد العقد يجوز
ان يتحد العاقد كذلك فيعني انه يتحد الصفقة واذا اشترى حاجر بها باكل ثوب بدرهم على ان يبرهن عينه
حال ويبر الباقي مؤجل لا يملك المشتري قبض شيء من الثياب حتى يؤدي جميع الثمن الحال لان الصفقة متحدة **قوله**
ولا شفعة لمن بيع له ولو اشتراه فلمولاه الشفعة لانه ابتيع له **قوله** لمحمد وزفر رحمهما الله يقرر ما قالاه ان هذا ابطال
لحق الصبي فلا يصح كاعتاق عبده وابراء غريمه وابطال دينه وقوده وهذا لان تصرفهما مقيد بالنظر وليس في
اسقاط حق الصبي معنى النظر له بل فيه اضرار به يقرر ما قال ابو حنيفة وابو يوسف رضي الله عنهما ان هذا ترك التجارة
فيصح ممن يملك التجارة كما قال رجل بعت هذا العبد لفلان الصبي بكذا فرده الاب او الوصي صح ولان هذا تصرف دائر
بين النفع والضرر وربما يكون النظر في تركه ابقاء للثمن على ملكه وسكوت من يملك التسليم عن الطلب بمنزلة
التسليم فكان سكوتهما كابطالهما عندهما لانه دليل الاعراض **قوله** ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله وذكر في
الحصر والمختلف اذا سلم الاب شفعة الصبي والشريك اقل من قيمته محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه
يجوز ايضا لانه امتناع عن ادخاله في ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية
عن ابي يوسف وصح التسليم للبائع والمشتري والوكيل والاجنبي لو طلب من الشفيع ان يسلم شفعته هذه
الدار بخلاف ما اذا ابتدا لان الاصل ان ابطال الحق متى اضيف الى من هو سبيل منه بوجه صح الابطال والا فهو باطل

باب القسمة اراد بها عقيب الشفعة اما ان كلا منهما من نتائج النصيب
الشائع او لان اقوى اسباب الشفعة الشركة في نفس المبيع واحد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه او عوضه
فلا يخلو عن احد وجهين اما ان اقدم على البيع فيجب الشفعة او على افراز نصيبه فيستحق القسمة اعلم ان القسمة جمع
النصيب الشائع في معين وجوازها بالكتاب قال تعالى وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ وقال تعالى لَهَا شِرْبٌ
وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ والسنة فقد باشرها النبي صلى الله عليه وسلم في الغنائم والمواريث واجماع الامة وركنها
الفعل الذي يقع به الافراز كالكيل في الكيلي والوزن في الوزني والعدد في العددي والذرع في الذرعي وشرطها ان
لا يبطل المنفعة بالقسمة ولا يفوت لانها لافراز ما كان لكل احد قبل القسمة من الملك والمنفعة وانما يتحقق

هذا اذا اتفق المفرز على ما كان من الافراز باصله وشائعه **قوله** ثم هي اي القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة
لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصفين فكان ما ياخذه كل واحد منهما نصفه ملكه ولم يستفده من
صاحبه فكان افرازا والنصف الاخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما في يد صاحبه فكان مبادلة **قوله**
والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت بين ابعاض المكيلات والموزونات
لان ما ياخذه مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه ولهذا جعل عين حقه في القرض وقضاء الدين
قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل
عين حقه كانه اخذ عين حقه ولهذا لا ينفرد احدهما ان ياخذ نصيبه عند غيبة الاخر الى اخره فان قلت لو كان
الرجحان في هذه القسمة للمبايعة لما جرى الربا عليها وبالاجماع يجري وكذلك لا يثبت حكم الغرور فيها حتى ان
الشريكين اذا اقتسما دارا او ارضا بينهما وبنى احدهما في نصيبه بناء ثم جاء مستحق واستحق الطائفة التي بنى فيها
ونقض البناء لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء ولو كان الرجحان بجانب المبايعة يثبت الغرور كما لو اشترى
قلت الجبر على هذه المبايعة لقطع ارتفاق الاخر بملك صاحبه ويجوز ان يجبر على المبايعة باعتبار حق مستحق
بالغير الا ترى ان المشتري يجبر على تسليم الدار الى الشفيع وان كان التسليم اليه مبايعة انما يجبر لحق الشفيع
الا ترى ان المديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضي الدين يجبر ان الجبر عليه لا ينفي لكونها مبايعة واما الثاني فلما
انما لا يثبت الغرور لان كل واحد منهما مضطر في هذه المبايعة لانه يحتاج الى تخليص حقه ومنع صاحبه عن
الارتفاق بملكه ولا يمكنه ذلك الا بهذه المبايعة فيكون مضطرا الى هذه المبايعة لحاجته والجبر كما يثبت
بالاكراه يثبت بالحاجة الى احياء الحق **قوله** وان كانت اجناسا مختلفة اي ان كانت الاعيان المشتركة اجناسا
مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها وحاصل ذلك ان الاعيان المشتركة لا تخلو اما ان كانت من جنس واحد او من
اجناس مختلفة فان كانت من جنس واحد فلا تخلو اما ان كانت مما يجري فيه الربوا كالمكيل والموزون او لا يجري
كالحيوانات يجبر القاضي عند طلب احد الشريكين القسمة في هذين الوجهين بعد ان كانا من جنس واحد حتى
لو كان بين جماعة غنم او بقر او ابل او ثياب من جنس واحد وطلب احدهما قسمتها وابى الاخر ذلك فالقاضي يجبر
الابي منهما على القسمة لان الابي متعنت لان المساواة في اصل المنفعة والمقصود وافر المنفعة فلا يلتفت
القاضي الى تعنته وهذا اذا كانت المنفعة تبقى بعد القسمة واما اذا لم تبق المنفعة بل يتضرر كل واحد
منهما بالقسمة كما اذا كان حماما او بيتا صغيرا او حائطا بينهما وما اشبه ذلك مما يحتاج في قسمته الى الشق
والقطع فلا يقسم ذلك حتى يتراضيا عليه ولا يقسم برضا احدهما دون الاخر وعند التراضي على القسمة ذو اسان
في رواية لا باس للقاضي ان يلي بشق ذلك بنفسه ويقطعه باذنهما وفي رواية اخرى لا يلي ذلك بنفسه بل يفوض
ذلك اليهما فهما يفعلانه وهذا الحكم اذا لم يكن من اموال الربوا فان كان فلا اعتبار لتراضيهما عند فضل احدهما
على الاخر قدرا والاصل ان التراضي في القسمة على الضرر جائز كما ذكرنا والتراضي على الربوا لا يجوز لقوله تعالى

وحرم الربوا حتى انه لو كان حنطة بين رجلين نصفين بالشراء مختلطة جيدها ورديئها قيمتها عشرة دراهم وعشر مخاتيم
منها جيدة قيمتها عشرون فتراضيا على ان يكون الثلثون الردية لاحدهما والعشرة الجيدة للاخر فلا يجوز
لانه ربوا وقد قبض زيادة في الكر بازاء الجودة ولا يجوز ذلك اجماعا **قوله** وقالا على قدر الانصباء وهو قول
الشافعي رحمه الله لان هذه مؤنة تلحقهم بسبب الملك فيكون بينهم على قدر الملك كنفقة المملوك المشترك واجرة الكيال
والوزان وحفر البئر المشترك وهذا لان المقصود بالقسمة ان يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه
ومنفعة نصيب صاحب الكثير اكثر ومنفعة نصيب صاحب القليل والغرم يقابل بالغنم ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان المعقود عليه هو التمييز والاجر مقابل به ولا تفاوت فيه فيكون الاجر عليهم بالسوية كما اذا استوت الانصباء
وهذا لان تمييز الاقل من الاكثر كتمييز الاكثر من الاقل وربما يكون عمله في نصيب صاحب القليل اكثر لان الحساب
يدق بقلة بعض الانصباء وقد يتعسر تمييز صاحب الكثير لكسور وقع فيه فلما تعارض الوجهان اعتبر باصل
التمييز بخلاف حفر البئر المشترك لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت بقلة النصيب وكثرته واما النفقة
فانها لابقاء الملك وحاجة صاحب الكثير الى ذلك اكثر من حاجة صاحب القليل واما اجر الكيال والوزان فعند
بعض مشايخنا هو على الخلاف ان كان للقسمة والكيال والوزان بمنزلة القسام اذ المكيل والموزون يقسم
بذلك وان لم يكن للقسمة وانما افرق لانه انما يستوجب الاجر بعمله في الكيل والوزن وعمله في ذلك لصاحب
الكثير اكثر فلهذا كانت الاجرة عليهما بقدر الملك بخلاف القسام وهو الجذر لو اجريت المسئلة على الاطلاق لم
يفصل وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنهما ان الاجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع وقالا عليهما بناء
على انه منتفع بنصيب كل واحد منهما ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الطالب للقسمة انما يطلبها لمنفعة نفسه
والممتنع انما يمتنع لضرر يلحقه بها فلا معنى لايجاب الاجر على من لا منفعة له **قوله** ولهما ان اليد دليل الملك
يعني ان الدار في ايديهم واليد دليل الملك وقد اخبروا بانها ارثهم والاصل في اخبار المسلم الصدق ولا
منازع لهم فيما اخبروا به فيثبت المحجرية فاذا سالوا القاضي ان يقسم بينهم ملكهم وجب عليه ان يجيبهم الى ذلك
ويقسم بينهم في حقهم ليمكن كل واحد منهم من الانتفاع بنصيبه كما في المنقول الموروث والعقار المشترى
والبينة انما تكون على المنكر ولا منكر هنا ولا منازع لهم فلا تفيد البينة وانما ذكر في صك القسمة انه قسمها
باقرارهم ليتذكر بالمطرفيه ان حكم القسمة مقتصر عليهم غير متعد الى غيرهم حتى يكون ذلك على شريك لهم
اخر ولا على مالك لها غيرهم **قوله** ان الميت يصير مقضيا عليه بقسمة القاضي وقولهم ليس بحجة فلا بد لهم
من اقامة البينة ليثبت بها القضاء على الميت وهذا لان التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت بدليل
ان حقه يثبت في الزوائد التي تحدث حتى يقضي منها ديونه وينفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حق الميت عن
التركة حتى لا يثبت فيما يحدث بعد ذلك من الزوائد وكان هذا قضاء على الميت بقطع حقه فلا بد من البينة
فيصير بعضهم خصما مدعيا والبعض خصما عنه وان كان منكرا فان قلت كيف يجعل خصما عنه والمقر

لا يصلح خصما قلت لما لم يعتبر اقراره عليه يجعل كالعدم كالوارث يجحد بناء على الميت وقدم وارثا من ورثته الى القاضي فان قوله الوارث بحقه فاذا اراد ان يقيم الطالب البينة عند القاضي على حقه ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة فان القاضي يقبل منه ويحكم له بدينه في جميع مال الميت لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين في حقه وحق غيره وهذا معنى قوله ولا يمنع ذلك باقراره كما في الوارث وكذا الوصي اذا اقر بالدين يقبل البينة عليه مع اقراره لبطلان اقراره وهذا معنى قوله او الوصي المقر بالدين قوله فانه يقبل البينة عليه مع اقراره فائدة اقامة البينة مع الاقرار لوارث الدين باقراره وصارت التركة مستغرقة بالدين الموجب ثم اقام اخر البينة على الوارث بدين له على المورث فالعهدة على الوارث لكونه متبرعا فلدفع هذا الفساد تقام البينة مع اقراره بخلاف المنقول لانه يعرض الثوى والتلف فكانت القسمة للتحصين والحفظ فاما العقار فمحصن بنفسه لا يخشى عليه التلف فلم يكن قسمته للحفظ بل كانت قسمته قضاء على الميت بقطع حقه عنه ولان العروض ما ياخذه كل واحد منهم بعد القسمة يصير مضمونا عليه بالقبض فيه نظر للميت وذا لا يوجد في العقار لانه لا يصير مضمونا عليه على حر اليد فيه عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان غصب العقار لا يتحقق عنده قوله بخلاف المشترى فانه روى عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول ان القاضي لا يقسمها بينهم فسوى بين المشترى والارث والفرق على الظاهر ان قضاءه بالقسمة في المشترى لا يتضمن قطع حق البائع لان بعد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم ملك البائع وان لم يقسم فلا يكون القسمة قضاء على الغير بخلاف الارث قوله بخلاف المشترى معطوف على قوله بخلاف المنقول اي يقسم العقار القاضي بينهم اذا ادعوا الشرى قوله ولم يذكروا كيف انتقل اي بسبب الميراث او بسبب الشرى وغيرهما قوله وما هو الاصح تقريره ان القسمة ضربان بحق الملك تكميلا للمنفعة وبحق اليد تتميما للحفظ وامتنع الاول هنا لعدم الملك وكذا الثاني للاستغناء عنه لانه محفوظ بنفسه قوله فامتنع الجواز فان قلت ينبغي ان يصح القسمة لان اليد دليل على الملك قلت الثابت بظاهر اليد يصلح للدفع لا للاستحقاق على الغير حتى لم يستحق ذو اليد الشفعة على المشترى بظاهر يده اذا انكر المشترى حتى يقيم البينة على الملك قوله والدار في ايديهم سهوا وماول بان المراد هم الحضور لانه ذكر بعد هذا وان كان العقار اذا كان في يد الغائب لم يقسم قوله ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا لئلا يكون هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بقولهم وعندهما يقسم بينهم باقرارهم ويعزل حق الغائب والصغير ويشهد انه قسمها باقرار الكبار الحضور وان الغائب والصغير على حجته بناء على ان الدار كلها في يد الكبار الحضور وليس في هذه قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء من ايديهما فلم يشترط لهما ظهور نصيبهما مما في يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيب الغائب والصغير فكان هذا محض نظر في حقهما قوله وكذا لو كان مكان الغائب صبي برفع صبي على انه اسم كان قوله كما ذكرناه من قبل اراد به قوله لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رضي الله عنه

حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته قوله وان كان مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم يعني ان اقاموا بينة على الشرى حتى يحضر الغائب والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على بائع المورث ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا بشراء المورث حتى لو وطئ امة اشتراها مورثه فولدت فاستحقت رجع الوارث على بائع مورثه بثمنها وقيمة الولد للغرور من جهته قوله فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين اما الملك الثابت بالشرى لكل واحد فملك جديد بسبب باشره في نفسه ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب واذا لم يجعل الحاضر خصما عن الغائب كانت البينة في حق الغائب قائمة بلا خصم فلا يقبل قوله وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير الغائب قيد به لئلا يرد عليه مسئلة اخر الفصل وشيء منه لم يقسم باقرار الحضور لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده من غير خصم حاضر عنهما والمودع امين فلا يكون خصما يستحق عليه ولا يجوز للقاضي ان يقضي على الغائب بحضور امينه قوله ولا فرق في هذا الفصل اشارة الى قوله وان كان العقار في يد الغائب وشيء منه لم يقسم قوله كما اطلق في الكتاب وهو قوله لم يقسم من غير ذكر اقامة البينة قوله وان كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة اعلم ان ههنا مسئلة لا بد من معرفتها وهي ان القاضي انما ينصب وصيا عن الصغير اذا كان حاضرا ينصب الوصي لاجل الجواب ضرورة لان الدعوى قد صحت على الصبي لكونه حاضرا الا انه عجز عن الجواب فنصب عنه وصيا ليجيب خصمه واما اذا كان غائبا لم يصح الدعوى عليه ولم يوجد الجواب لم يقع الضرورة على نصب الوصي الى هذا اشار في الذخيرة قوله وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث في الدار وطلب القسمة واقام البينة على الميراث والوصية فان القاضي يقبل بينتهما ويقسم الدار بينهم لان من حضر من الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن سائر الورثة والموصى له عن نفسه فصار كالحضور

فصل فيما يقسم وما لا يقسم لما نوع مسائل القسمة على هذين النوعين شرع في بيانهما قوله فيما يحتملها اي يحتمل القسمة على ما بيناه من قبل اشارة الى قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء الى اخره قوله قسم بطلب احدهم لان القسمة تكميل المنفعة فكانت حقا لازما فيما يحتملها اذا طلبها احدهم قوله لان الاول ينتفع به وهذا لان الاول يطلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الانصاف فعلى القاضي ان يجيبه الى ذلك ولا يعتبر تضرر الاخر لانه يريد ان ينتفع بملك شريكه وله ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه واما الثاني فمتعنت في طلب القسمة والقاضي يجيب المتعنت بالرد ويفقد الانتفاع بنصيبه لقلته لا المعنى من جهة صاحب الاكثر قوله وذكر الخصاف على قلب هذا لان صاحب الكثير يطلب الاضرار بغيره

والاخر لا يتضرر بقسمته قوله وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي لان صاحب القليل رضي بالضرر حين طلب القسمة وصاحب الكثير ينتفع بالقسمة وما ذكره الخصاف اصح لان رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شرعا وانما الملزم طلبه من القاضي ايصاله الى منفعة ملكه وذا لا يوجد عند طلب صاحب القليل قوله وفي هذا نوع بيان فنعود على موضوعه بالمفصل قوله ويقسم العروض اي جبرا اذا كانت من صنف واحد قوله والابل بالنصب بالعطف يقسم القاضي كل موزون في بعض النسخ والانكر هو مناسب لما قبله وذكر الابل مناسب لما بعده قوله ولا يقسم شاة وبعيرا او برذونا وحمارا اي لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب احد الورثة في الشاة ونصيب الاخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره لان الاجناس اذا اختلفت كانت القسمة بطريق الجمع قطعا لبعض المنفعة لا تكميلا فالحاصل ان القاضي لا يقسم الاجناس المختلفة اذا اتحد لكن بعض الشركاء بان كان بين رجلين ابل وبقر وغنم فطلب احدهما من القاضي ان يجمع نصيبه في الابل او البقر لا يقسم القاضي على هذا الوجه قوله ولا يقسم الاواني الى اخره اي ان كان اصله واحدا كالاجانة والقمقم والطست المتخذ من الصفر مثلا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص لا يقسم القاضي بعضها في بعض قوله بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب وثلاثة ارباع ثوب بان يكون قيمة احد الاثواب دينارا وقيمة الاخر دينارا وربع دينار والاخر ثوبا قيمته دينار وثلاثة ارباع دينار فيقع الثوب الذي قيمته دينار مشتركا بينهما ويجعل للذي اخذ الثوب الذي قيمته دينار وثلاثة ارباع دينار وثلاثة ارباعه للاخر وهذا لانه يصير قسمة بعض المشترك دون البعض لان كل واحد منهما انفرد بثوب وبقي الشركة في ثوب فلذلك جاز اذا لم يمكن غيره مثل ان يقسم الصفقة ويترك الثوب على الشركة وهو قسمة بعض الملك دون البعض قوله ولا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس وانما التفاوت في القيمة وذا لا يمنع صحة القسمة كما في الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في القسمة كسائر الاموال فكذا في القسمة بين الشركاء ولابي حنيفة رضي الله عنه ان التفاوت في الرقيق فاحش باختلاف الاغراض والمقاصد والمعاني الباطنة كالذهن والكياسة فيتعذر اعتبار المعادلة في القسمة فيلتحق بالاجناس المختلفة بخلاف سائر الحيوان لقلة التفاوت ثمه عند اتحاد الجنس والدليل على الفرق بين الرقيق وسائر الحيوان ان الذكر والانثى في سائر الحيوان جنس واحد وفي الرقيق جنسان حتى اذا اشترى شخصا على انه عبد فاذا هو امة لم يجز الشراء بخلاف سائر الحيوان قوله بخلاف قسمة المغانم وانما يجري في الاجناس المختلفة وهذا لان حق الغانمين في المالية دون العين حتى كان للامام بيع الغنائم وقسمة الثمن فانما يعتبر ايصال مقدار من المالية الى كل واحد منهم فاما في شركة الملك فحق الشركاء ثمه في العين والمالية وللامام حق التمييز بالقسمة على طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة فاذا تعذر اعتبار

المعادلة هنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضي ولاية الاجبار على القسمة وذكر في فتاوى قاضيخان لو كان مع الرقيق دواب او عروض او شيء اخر قسم القاضي الكل بينهم في قولهم جميعا وان لم يكن مع الرقيق شيء اخر لا يقسم الا برضاهم عند ابي حنيفة رضي الله عنه والاظهر ان قسمة الجبر تجري هاهنا عنده باعتبار الجنس الاخر الذي هو مع الرقيق يجعل اصلا في القسمة وحكم القسمة استقر فيثبت في الرقيق ايضا تبعا وقد يثبت حكم العقد في الشيء تبعا وان كان لا يجوز قصدا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف كذا في المبسوط قوله بخلاف التراضي لما بينا اشارة الى قوله في اوائل هذا الفصل ان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما قوله الا فرجة جمع الفرج من الارض لما مر ذكر في المبسوط واذا كانت الدور بين قوم فاراد احدهم ان يجمع نصيبه منها في دار واحدة وابى ذلك بعضهم قسم القاضي كل دار بينهم على حدة ولم يضم بعض انصبائهم الى بعض الا ان يصطلحوا على ذلك في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الرأي في ذلك الى القاضي ينبغي ان ينظر في ذلك فان كان انصباء احدهم اذا جمعت في دار كان اعدل للقسمة جمع ذلك لان المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة والمالية والمقصود دفع الضرر واذا قسم دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار وينتفع بذلك والقاضي ينصب ناظرا فيمضي قضاءه على وجه يرى النظر فيه فيفوض الترجيح الى القاضي اي الرأي اليه في ذلك ان رأى النظر في ان يقسم كل دار على حدة فعل وان رأى ان يقسم جملة فعل قوله بعد الوضع في الكتاب اشارة الى الدارين اذا كانتا في مصر واحد يجمعان في القسمة عندهما كما هو مذهبه كذا روى هلال عنهما وعن محمد رحمه الله انه يقسم احدهما في الاخرى ثم هي ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور لا يقسم عنده قسمة واحدة الا برضا الشركاء سواء كانت متباينة او متلازقة والبيوت يقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة او متلازقة لانها تتفاوت في معنى السكنى ولهذا يؤجر باجرة واحدة في كل محلة والمنازل المتلازقة كالبيوت يقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا يقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقنا المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقال في الفصول كلها يعتبر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك قوله وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا يقسم كل واحد على حدة بالاجماع لاختلاف الجنس فهذا يدل على ان الدار والحانوت جنسان وذكر في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيشكل المسألة روايتان وقيل لما يجعلهما جنسا رواية واحدة والفساد ثمة بشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكر في المتن وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله اما ان يكون في المسألة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب قوله او [illegible]

هذا كله في اجارات الاصل **فصل في كيفية القسمة** لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم احتاج
الى بيان كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فيستدعي جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف قوله
وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه على قرطاس ليرفع ذلك القرطاس الى القاضي حتى يتولى الاقراع بينهم
بنفسه ويعدل كل نصيب ليقطع المنازعة بينهم قوله وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه الى
اخره بيان ذلك ارض بين جماعة مشتركة لاحدهم عشرة اسهم وللاخر خمسة وللاخر سهم فارادوا قسمتها
قسمت على قدر سهامهم عشرة وخمسة وواحد وكيفية ذلك ان يجعل الارض على عدد سهامهم بعد
ان سويت وعدلت ثم يجعل بنادق بسهامهم على عدد سهامهم ويقرع بينهم فاول بندقة يخرج توضع
على طرف من اطراف السهام وهو اول السهام ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت لصاحب العشرة اعطاه
ذلك السهم وتسعة اسهم متصلة بالسهم الذي صحت البندقة عليه ليكون سهام صاحبها على الاتصال
ثم يقرع بين البقية كذلك فاول بندقة يخرج توضع على طرف من اطراف الستة الباقية الى البندقة لمن هي فان
كانت لصاحب الخمسة اعطاه القاضي ذلك السهم واربعة اسهم متصلة بذلك السهم ويبقى السهم الواحد
لصاحبه وان كانت البندقة لصاحب الواحد كان له الطرف الذي وضعت عليه البندقة ويكون الخمسة
الباقية لصاحب الخمسة وتفسير البندقة ان يكتب القاضي اسماء الشركاء في بطاقات يطوى كل بطاقة بعينها
ويجعل عليها قطعة من طين ثم يدلكها بين كفيه حتى يكون مستديرة فيكون شبه البندقة ومنه طين مدور
يرمى بها قوله ثم يخرج القرعة الى اخره فان قيل ان الاقراع يتعلق الاستحقاق بخروج القرعة فيكون في
معنى القمار وانه حرام قلنا هذا ليس في معنى القمار فان في القمار اصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وهنا
اصل الاستحقاق لكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة حتى لو عين القاسم لكل واحد منهم نصيبا من غير
اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام الا انه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء
وازاحة تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا ترى ان يونس عليه السلام استعمل القرعة في مثل هذا مع اصحاب
السفينة كما قال تعالى فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ وهذا لانه علم انه هو المقصود ولكن لو القى
نفسه في الماء ربما ينسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذا زكريا عليه السلام استعمل القرعة
مع الاحبار في ضم مريم رضي الله عنها الى نفسه وقد كان علم انه احق بها منهم لان خالتها كانت عنده ولكنه
استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم قال تعالى اِذْ يُلْقُونَ اَقْلَامَهُمْ اَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وكان النبي صلى الله عليه وسلم
اذا سافر اقرع بين نسائه لا حق لهن في القسمة حالة السفر تطييبا لقلوبهن قوله ولا يدخل في القسمة الدراهم
الا برضاهم صورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفي احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون
عوض البناء الذي له من الارض ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم
الا اذا تعذر فحينئذ للقاضي ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار لا في

الدراهم فلا يجوز قسمة ما ليس بمشترك قوله ودراهم يرد في ذمته اي وقت القسمة قوله لانه امكن
تحقيق معنى القسمة وهو قطع الشركة وتكميل المنفعة بلا ضرورة قوله وان لم يمكن فسخت القسمة لان
المقصود هو ما ذكرنا المحصل فتفسخ وتستانف على وجه يمكن لكل واحد منهما ان يجعل لنفسه مسيلا وطريقا
وحاصله انه ان امكن صرف الطريق والمسيل فلا يخلو من ان ذكر الحقوق او لم يذكر فان لم يذكر الحقوق ولا يدخل
الحقوق ولا تفسخ القسمة وان لم يذكر الحقوق لا يدخل الحقوق ويفسخ صورته دار بين رجلين وفيها صفة فيها
بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء البيت على ظهر الصفة فاقتسما واصاب الصفة احدهما وقطعة من
الساحة واصاب البيت احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت لا يقدر
ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ويسيل ماءه في ذلك فان اراد ان يمر في الصفة على حاله ويسيل ماءه على ما كان
فليس له ذلك سواء اشترط كل واحد ان له ما اصابه بكل حق له او لم يشترط ذلك والقسمة في هذا بخلاف البيع
فانه لو باع البيت وذكر في البيع الحقوق والمرافق فله الطريق ومسيل الماء وان لم يذكر الحقوق والمرافق لم يدخل
والفرق ان المقصود من البيع ايجاب الملك وقصد المشتري ليتمكن من الانتفاع وذا انما يتم بالطريق والمسيل الا
ان ذلك خارج عن المحدود فلا يدخل في البيع بملك تسمية البيت الا بذكر الحقوق والمرافق فاما المقصود بالقسمة
تمييز احد الملكين من الاخر وان يختص كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه على وجه ولا يشاركه الاخر فيه وانما يتم
هذا المقصود اذا لم يدخل الطريق والمسيل ليتميز نصيب احدهما من الاخر من كل وجه فلهذا لا يدخل مع ذكر
الحقوق والمرافق ولو لم يكن له منفذ للطريق ولا مسيل ماء فان كانا ذكرا في القسمة ان لكل واحد منهما ما اصابه
بكل حق فهو له جازت القسمة وكان طريقه في الصفة ومسيل مائه على سطحها كما كان قبل القسمة وان لم يذكر
الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة بخلاف البيع فانه يكون صحيحا وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان المقصود
بالبيع ملك العين وهذا المقصود يتم للمشتري وان تعذر عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل كما لو اشترى
مهرا صغيرا او ارضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع بالمشترى فاما في القسمة فالمقصود اتصال
كل واحد منهما الى الانتفاع بنصيبه فاذا لم يكن له منفذ الى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت
على الضرر فلا يجوز الا ان يذكر الحقوق والمرافق فيستدل به على انهما قصدا ادخال الطريق والمسيل
لتصحيح القسمة لعلمهما ان القسمة لا تصح بدونهما في هذا الموضع بخلاف ما سبق وهذا لان المعتبر في
القسمة المعادلة في المنفعة فاذا لم يكن له طريق ولا مسيل لا يحصل معنى المعادلة في المنفعة فلا يصح
القسمة كما لو استاجر مهرا صغيرا او ارضا سبخة لا تصلح للزراعة لم يجز لفوات ما هو المقصود وهو المنفعة
فان قلت فعلى هذا ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما لو استاجر
ارضا دخل الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق ليحصل المنفعة قلت هناك موضع الشرب
والطريق ليس مما تناوله الاجارة ولكنه وسيلة الى الانتفاع بالمستاجر والاجارة انما تجب اذا امكن المستاجر من الانتفاع

ففي ادخال الشرب والطريق توفير المنفعة عليها فاما ههنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو ثبت لاحدهما حقا في نصيب الاخر تضرر به الاخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه ودليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الا بذكر الحقوق وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله في مختصره انهما يدخلان من غير ذكر فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق **قوله** ولو اختلفوا اي الورثة قبل القسمة في رفع الطريق بينهم في القسمة فقال بعض الشركاء يرفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا يرفع والمراد من الرفع ان لا يدخل في القسمة حتى يبقى مشتركا كما كان نظر الحاكم فيه فان كان يستقيم لكل واحد منهم طريق يفتحه في نصيبه قسم بينهم بغير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية وهو المقصود **قوله** ولو اختلفوا في مقدار الطريق لحاجة سعته جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله لان باب الدار متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولانه اذا اكتفى بذلك في المدخل فكذا في المسلوك اعلم ان المراد من طول الطريق هو الطول من حيث الاعلى لا الطول من حيث المنتهى هكذا ذكر في المبسوط ولم يرد محمد رحمه الله بذكر الطول الطول الذي هو ضد العرض لان ذلك الطول انما يكون الى حيث يتهون بها الى الطريق الاعظم وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى وهي احد الشركاء اذا اراد ان يخرج جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فصار بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طول الباب مقسوم بينهم والبناء على الهواء المشترك لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان رضاء يرفع مقدار ما يمر فيه ثور لانه لا بد لذلك من الزراعة ولا يجعل مقدار الطريق مقدار ما يمر فيه ثوران معا لانه لا يحتاج الى ذلك فكذا احتاج الى العجلة فيؤدي الى ما لا يتناهى كذا في الذخيرة **قوله** ويقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك عند محمد رحمه الله لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغير ذلك فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذرع لان الشركة في المذروع والقسمة بالذرع هي الاصل فيه ولا يعدل عنه ما امكن **قوله** قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره يعني ان ابا حنيفة رحمه الله اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل الكوفة من تفضيل السفل على العلو وابو يوسف اجاب بناء على ما شاهد اختلاف العادات والبلدان في ذلك فقال انما يقسم بالقيمة **قوله** وجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان منفعة السفل ضعف منفعة العلو لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وللسفل منفعة السكنى ومنفعة البناء عليه فانه لو اراد ان يحفر في سفله سردابا لم يكن لصاحب العلو منعه عن ذلك وللعلو منفعة واحدة فانه منفعة السكنى فانه لو اراد ان يبني على علوه علوا اخر كان لصاحب السفل منعه عن ذلك والمعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة فلهذا جعل بمقابلة ذراع من السفل ذراعين من العلو وجه قول ابي يوسف

ان المقصود اصل السكنى وقد استويا فيه ولكل واحد منهما ان يتصرف في ملكه على وجه لا يلحق الضرر بصاحبه فان لصاحب العلو ان يبني على علوه اذا كان لا يضر بالسفل وان لصاحب السفل ان يحفر سردابا في السفل اذا كان لا يضر بصاحب العلو فاستويا في المنفعة فيجعل ذراع من السفل بذراع من العلو وجه قول محمد رحمه الله ان في بعض البلدان تكون قيمة الكبير من قيمة السفل كما في مكة ومصر وفي بعضها تكون بالعكس كما في الكوفة وفي كل موضع يكثر الندى يختار العلو على السفل وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو وربما يختلف ذلك باختلاف الاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله **قوله** تفسير قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثه وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل المشتمل على السفل والعلو لان العلو عنده مثل نصف السفل فثلثه وثلثون وثلث من علو البيت الكامل يكون بمقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد وثلثه وثلثون من سفل البيت الكامل تكون بمقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد فيجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستين وثلثين ذراعا لان علوه مثل نصف سفله فكان العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفل وتفسير قول ابي يوسف رحمه الله ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو فان قلت كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله ومن مذهبه ان البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة اذا لم تكن في دار واحدة قلت موضوع المسئلة انهما كانا في دار واحدة والبيتان في دار واحدة عند ابي حنيفة يقسم جمعا والذي كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة لكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم عند ابي حنيفة رضي الله عنه تجوز القسمة على هذا الوجه حالة التراضي ذكره قاضيخان رحمه الله يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثه وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل فكان الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلثة اذرع من العلو المجرد وذلك لان الذراع الواحد من البيت الكامل انما كان في تقدير ذراعين احدهما من السفل والاخر من العلو لان للذراع الواحد من سفل البيت الكامل ذراعا واحدا بمقابلة بلبسه علوه وللذراع الواحد من علو البيت الكامل ذراعا واحدا بمقابلة من سفله لان الذراع الواحد من سفل البيت الكامل في ذات السفل حقيقة ولكن هو ايضا في تقدير الذراع الواحد من علو البيت الكامل لان الذراع الواحد من سفل البيت الكامل في تقدير الذراعين احدهما في ذاته والثاني هو ما فوقه وكذلك الواحد الذراع من علو البيت الكامل كان في تقدير ذراعين لانه في ذاته ذراع واحد من علو البيت الكامل يحمه ايضا ذراع اخر من سفل البيت الكامل فصح قولان ان الذراع الواحد من البيت الكامل حر اي موضع اخذته فهو في تقدير ذراعين ثم للذراع الواحد من السفل انما كان ذراعان من العلو فكان بمقابلة الذراع من البيت الكامل ثلثة اذرع من العلو المجرد لا محالة واحد الاذرع

الثلثة من العلو المجرد بمقابلة الذراع الواحد من سفل البيت الكامل فلما سار الواحد من البيت الكامل بمقابلة
ثلثة من العلو المجرد كان ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد لا محالة
لأن الثلثة والثلثين والثلث ثلث المائة **قوله** ثلثة وثلثون من السفل أي من سفل البيت الكامل وهذا بيان
لوضوح ما ذكر قبله من أن الثلثة من العلو المجرد بمقابلة واحد من البيت الكامل لكن وضح ذلك الواحد في سفل البيت
الكامل ليكون أظهر ما ذكر قبله من أن الثلثة من علو المجرد بمقابلة الواحد من البيت الكامل ليكون أظهر في البيان
يعني أن ثلثة وثلثين من سفل البيت الكامل بمقابلة ستة وستين وثلثين إذا كان مع تلك الستة وستين والثلثين
ثلثة وثلثون وثلث ذراع من العلو المجرد فبلغت أي الستة والستون والثلثان مع الثلثة والثلثين والثلث مائة
وصح ما قاله أن مائة ذراع من العلو المجرد بمقابلة ثلثة وثلثين وثلث ذراع من العلو من البيت الكامل كان
هذا التقابل بين البيت الكامل والعلو المجرد ثم ذكر تقابل البيت الكامل والسفل المجرد فقال يجعل بمقابلة
مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل فبلغت مائة ذراع الأذرع التي
تعد من البيت الكامل بمقابلة ذراع من سفل المجرد فبلغ المائة لأنه لما أخذ من البيت الكامل ستة وستون
وثلثا ذراع بمقابلة مثلها من السفل المجرد ثم زيد على هذا العدد نصفه وهو ثلثة وثلثون وثلث ذراع
لأن نصف هذا العدد من البيت الكامل يعني ستة وستين وثلثا ذراع علوا وهو مقدر بنصف هذا وهو ثلثة وثلثون
وثلث كان المجموع مائة فكانت هذه المائة من البيت الكامل بمقابلة مائة من السفل المجرد لما ذكرناه

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان وقوع الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن يكون وعسى أن لا يكون أخر ذكره **قوله** وقد أشهد
على نفسه بالاستيفاء أي أقر بالاستيفاء هكذا فسر هذا اللفظ في المبسوط **قوله** لم يصدق على ذلك أي
على دعواه أنه أصابه شيء في يد صاحبه **قوله** لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأن القسمة بعد تمامها عقد لازم
فمدعي الغلط لنفسه حق الفسخ بعد ظهور سبب لزوم العقد فلا يقبل منه ولأن الظاهر عدم وقوع الغلط
فلذلك لا يصدق على ما ادعى من الغلط إلا بحجة كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيار الشرط **قوله** استحلف
الشركاء لأنهم لو أقروا بذلك لزمهم فإذا أنكروا حلفوا عليه لرجاء النكول فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل
ومن نكل عن اليمين جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم ذلك بينهما على قدر نصيبهما لأن الناكل كالمقر فإقراره
حجة عليه دون غيره قالوا وينبغي أن لا يقبل دعواه أصلا لأنه متناقض لأنه أشهد على نفسه بالاستيفاء
ثم ادعى شيئا في يد صاحبه فيكون متناقضا لأن الاستيفاء عبارة عن قبض جميع الحق فكأنه أقر بقبض جميع حقه
ثم قال بعد ذلك لم أقبض والمصنف أشار من بعد وهو قوله وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي ولم
يشهد على نفسه بالاستيفاء تحالفا ففي هذا إشارة إلى أنه لا يقبل دعواه فيما إذا أشهد على نفسه لأن عدم التحالف
عند الإشهاد على الاستيفاء لم يكن لمعنى إلا أن التناقض مانع لصحة دعواه ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى

لوجود موجب التحالف وهو الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فكان نظير الاختلاف في مقدار المبيع
قوله ولو اختلفا في التقويم اعلم أن دعوى الغلط في التقويم على نوعين صحيح وغير صحيح فالذي
لا يصح أن يدعي أحد المتقاسمين الغلط في التقويم بغبن يسير بأن كان ما يدعي من الغلط يدخل تحت تقويم المقومين
فهذه الدعوى لا تصح سواء حصلت القسمة بقضاء القاضي أو بتراضيهم لوجهين أحدهما أن الاحتراز
عن مثله غير ممكن والثاني أنه يؤدي إلى ما لا يتناهى لأنه يمكنه أن يدعي مثل هذا في القسمة الثانية والثالثة
والذي يصح أن يدعي أحدهما الغلط في التقويم بغبن فاحش بأن كان ما يدعي من مقدار الغلط لا يدخل
تحت تقويم المقومين وأنه صحيح إن حصلت القسمة بقضاء القاضي لأنا لو سمعنا هذه الدعوى ونقضنا
هذه القسمة لا يؤدي إلى ما لا يتناهى لأنه نادر وإن حصلت القسمة بالتراضي لم يذكر محمد رحمه الله ذلك
وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله أنه قال لا تسمع هذه الدعوى لأن القسمة في معنى البيع
ودعوى الغبن في البيع من المالك لا تصح لأنه لا فائدة فيه فإن البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش أما في غير
المالك ينقض بالغبن الفاحش كبيع الأب والوصي وللقائل أن يقول ينبغي أن تسمع هذه الدعوى لأن المعادلة
شرط في القسمة والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون بحسب القيمة فإذا ظهر في القسمة غبن فاحش كان
شرط جواز القسمة فائتا فحينئذ ينقض والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الأول وبعض
مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثاني وفي فتاوى قاضيخان جعل القول الآخر أولى وقال الشيخ الإمام
أبو بكر محمد بن الفضل تسمع دعواه الغلط والغبن أي بعد ما قسمت التركة بالتراضي كما لو كانت بقضاء القاضي
وهو الصحيح

فصل في الاستحقاق

اعلم أنه إذا استحق بعض شائع من حظه رجع بقسطه
من نصيب شريكه ولا تنفسخ القسمة عند أبي حنيفة رضي الله عنه في الصحيح ولو استحق بعض معين لا تنفسخ
القسمة إجماعا ولو استحق بعض شائع في الكل يفسخ اتفاقا وصورة المسألة أن يكون دار بين رجلين نصفين
فاقتسماها فأخذ أحدهما الثلث منه مقدمها وقيمته ستمائة وأخذ الآخر الثلثين من مؤخرها وقيمته ستمائة وهي
مدار بينهما وسواء ثم استحق نصف ما في يدي صاحب المقدم شائعا فعند أبي حنيفة رضي الله عنه لا تبطل
القسمة ولكن إن شاء رجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع ما في يده وذلك مائة وخمسون درهما وإن
شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وقال أبو يوسف رحمه الله تنقض القسمة وما بقي في أيديهما
يكون بينهما نصفين وقول محمد رحمه الله مضطرب والأصح أنه مع أبي حنيفة رضي الله عنه لأبي يوسف رحمه الله
أن باستحقاق نصف ما في يد صاحب المقدم شائعا ظهر أن لهما شريكا ثالثا في الدار والدار المشتركة بين ثلثة
إذا اقتسمها اثنان منهم كانت القسمة باطلة وصار كما لو استحق ربع الدار شائعا وهذا لأن استحقاقه
وإن كان من نصيب صاحب المقدم خاصة فذا يؤدي إلى الشيوع في الكل بفوات معنى القسمة وهو الإفراز
لأنه إذا أخذ المستحق نصف ما في يد صاحب المقدم رجع بحصة ذلك فيما في يد صاحب المؤخر فيكون ذلك مثله

ما لو استحق جزء شائع في الكل بخلاف المعين لأن ما وراء المستحق بقي مفرزا بينهما وليس للثالث فيه نصيب
شائع ولهما أن معنى القسمة الإفراز وهذا المعنى لا يفوت بالاستحقاق بعض شائع من
نصيب أحدهما وهذا لأن ما يبقى بالاستحقاق لا يمنع ابتداء القسمة فإنه لو كان مؤخر الدار بين الشريكين
ولهما شريك في النصف المقدم بنصفه فاقتسما على أن يأخذ أحدهما ما لهما من النصف المقدم وهو النصف وربع
المؤخر ويأخذ الآخر ما بقي وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر ويكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان جميع الدار لأن حقهما بعد
نصيب الثالث ثلاثة أرباع جميع الدار يجوز وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الأولى وصار كاستحقاق
بيت معين من المقدم بخلاف ما إذا استحق جزء شائع في جميع الدار لأن معنى الإفراز والتمييز لا يتحقق فلهذا لو كان
استحقاق ذلك ظاهرا لم يجز القسمة بينهما ابتداء فكذا لا يبقى لأنه لو بقيت لتضرر الثالث بتفرق نصيبه
في النصفين ولا ضرر ههنا بالمستحق فوضح الفرق ثم إنما رجع صاحب المقدم على شريكه بربع ما في يده إذا اختار
إمضاء القسمة لأنه لو استحق نصف المقدم يرجع على شريكه بنصف ما في يده فإذا استحق نصفه يرجع عليه
بنصف ما في يده وهو الربع اعتبارا للبعض بالكل فالحاصل أن قيمة الدار ألف وستمائة درهم وباستحقاق نصف
المقدم بطلت القسمة بينهما باستحقاقه فيجعل كل واحد منهما في أربعمائة وخمسين والذي بقي ما في يد صاحب المقدم
يساوي ثلاثمائة وما في يد صاحب المؤخر يساوي ستمائة فيرجع عليه بربع ما في يده وقيمته مائة وخمسون
حتى يسلم لكل واحد ما يساوي أربعمائة وخمسين **قوله** ولو باع صاحب المقدم نصفه ما في يده فاستحق
النصف الباقي يرجع عند أبي حنيفة رضي الله عنه على صاحبه بربع ما في يده وسقط خياره في نقض القسمة
بالبيع ويعين حقه في الرجوع بعوض المستحق وهو ما في يد صاحب المؤخر وعند أبي يوسف ما في يد صاحبه
من الدار بينهما نصفان ويضمن نصف قيمة ما باع لصاحبه لأنه بالاستحقاق تبين أن القسمة كانت فاسدة
والمقبوض بالقسمة الفاسدة مملوك فينفذ البيع فيه كالمقبوض بالشراء الفاسد ويكون مضمونا بالقيمة
فلهذا يضمن قيمة كل ما باع شريكه وما في يد صاحب المؤخر بينهما نصفان وقول محمد مضطرب **قوله** ولو وقعت
القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة كان حقه أن يقول في جواب المسألة وطولب الورثة بأداء الدين
فإن لم يؤد ردت القسمة لأن الدين غير مانع لصحة القسمة إذا أدى المقاسمون الدين من مالهم لأن حق
رب الدين في مالية التركة لا في عينها وإلى هذا أشار من بعد في المتن بقوله ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه
الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط وكذا لو ظهر الموصى له بالألف المرسلة لو أدى الورثة الألف المرسلة
جازت القسمة فإن قلت ما الفرق بين هذا وبين ما ظهر الوارث أو الموصى له بالثلث والربع بعد القسمة وقالت
الورثة نحن نقضي حق الموصى له بالثلث وحق الوارث الذي ظهر من مالنا ولا ننقض القسمة ليس لهم ذلك إلا
أن يرضى الوارث الذي والموصى له بالثلث بخلاف الغريم والموصى له بالألف المرسلة قلت الفرق بينهما هو أنا نعلم
أنهما في المسألتين جميعا بالأداء وفي ابتداء القسمة إذا أرادوا أن يقسموا التركة فيما بينهم ويعطوا حق

حق الوارث والموصى له بالثلث من مالهم ليس لهم ذلك إلا برضا الوارث والموصى له بالثلث لأن حقهما في عين
التركة لا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاهما فكذا في الانتهاء وأما لو أرادوا أن يقسموا التركة ويعطوا حق الغريم
والموصى له بالألف المرسلة من مالهم كان لهم ذلك لأن حقهما في المعنى وهو المالية لا في عين التركة وفيما يرجع إلى
المالية التركة ومال الوارث سواء فكذا في الانتهاء وعن هذا قالوا إذا كان للميت مال آخر لم يدخل في القسمة
ليس للغريم ولا للموصى له بالألف المرسلة حق نقض القسمة بل يعطى حقهما من المال الذي لم يدخل تحت القسمة كذا في الذخيرة
قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين في التركة أي لو ادعى أحد الورثة بعد ما قسمت التركة فيما بينهم أن لي على الميت
دينا كذا أو كذا دينارا أصح بخلاف ما إذا ادعى عينا من أعيان التركة فإنه كان لي كنت اشتريته حال حياته لا يصح
دعواه والفرق هو أنه في دعواه العين مناقض لأن إقدامه على قسمة هذه إقرار منه بصحة هذه القسمة
في هذا العين ولا يصح فيه الورثة لو كان ملكا لهذا الوارث فكان الإقدام على القسمة إقرارا منه أن هذا
العين ليس لي فبعد ذلك بدعواه أنه له يصير مناقضا وأما في دعوى الدين فغير مناقض لأن القسمة
صحيحة مع قيام الدين لأن حق الغريم في مالية التركة لا في عينها إلا أن للغريم حق نقض القسمة فإذا لم يكن
مناقضا كان في دعواه صحيحة ثم له أن ينقض القسمة وإن باشرها لأن مباشرة القسمة لا تكون إلا على حال من
إجازة القسمة فصار الغريم إذا أجاز القسمة ثم أراد نقضها فله ذلك

فصل في المهاياة

لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض وهي المهايأة لأنها قسمة المنافع وهي
أعراض وقدم الأعيان لكونها أصولا لأن الأعيان قائمة بنفسها والمنافع فرع عليها لأنها تقوم بالأعيان
فيقدم الأصول على الفروع اتباعا حقهما فيحتاج ههنا إلى تفسير المهايأة لغة وشريعة وحكمها أما
تفسيرها لغة فإنها مستعملة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء والتهايؤ تفاعل منها وهو
أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحالة ويختارها أو أن الشريك الثاني
ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الأول وأما شرعا فهي عبارة عن قسمة المنافع وأما حكمها
فهو الجواز استحسانا على ما ذكر في المتن والقياس يأبى جوازها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها كل واحد
من الشريكين في نوبته ولكنا تركنا القياس بجوازها بالكتاب وهو قوله تعالى لها شرب ولكم شرب
يوم معلوم وهذا هو المهايأة والسنة لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قسم في غزوة بدر كل بعير
بين نفر وكانوا يتناوبون في الركوب ولأن الأعيان للانتفاع بها وهو يستحق بالملك فمتى كان الملك
مشتركا كان حق الانتفاع مشتركا وقد يكون المحل بحال لا يحتمل القسمة عينا ولا يحتمل الانتفاع على الاشتراك
في زمان واحد فيحتاج إلى التهايؤ وهي قسمة المنافع فيجوز كالقسمة في الأعيان اعلم أن المهايأة على
وجوه فإنه يكون في الدار الواحدة أو الدارين في العبد الواحد أو العبدين وفي الدابة الواحدة أو الدابتين
من حيث المنفعة أو من حيث الاستغلال وهو أن يأتي في غلة دار أو دارين أو خدمة عبد أو عبدين أو سكنى

دارا او دارين يصح اتفاقا ولو تهايا في غلة عبد وغلة بغل لا يصح اتفاقا ولو تهايا في غلة عبدين
او غلة بغلين او ركوب بغل او بغلين لا يصح عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما فهذه ثمانية عشر
مسئلة في ستة لا يصح اتفاقا وفي ستة يصح اتفاقا وفي ستة خلاف لهما في غلتي العبدين ان المهاياة
في خدمتهما يصح فكذا في بدل خدمتهما اعتبارا بالدارين بخلاف غلة عبد واحد لان الاعتدال لا يمكن رعايته
في عبد واحد لان حاله لا يتساوى الا في زمانين متباعدين فيتسارع احدهما عن مدة الاخر فيتوهم اسباب التغير في حق
احدهما عمدا انا اعتبرنا هذا التفاوت في الغلة دون الخدمة لان العبد يخدم بنشاط فلا يلحقه التعب عادة
وفي الكسب يلحقه التعب عادة بسبب التغير لان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال
فلا يتقاسمان ولابي حنيفة رضي الله عنه انه متى اعتبرنا التفاوت عند اختلاف الزمان فلان يعتبر عند اختلاف
المحل اولى فالعبدان لا يستويان عادة في تحمل التعب بل يتفاوتان عند التفاوت في تحمل التعب فات الاعتدال
والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة لعدم امكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لان الغلة عين
مال بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير في العقار ولهما في ركوب البغل البغلين وغلة البغلين ان القاضي
يقسم الحيوان بينهما جبرا فكذا منافعه وبدلها بخلاف غلة البغل ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الركوب
يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق فلا يتحقق التسوية فلا يجبر القاضي عليه وحكم الغلة
حكم الركوب لانها بدله **قوله** ولو تهايا في دار واحدة الى قوله يجوز لان القسمة على هذا المثال يجوز
فكذا المهاياة التي هي قسمة المنفعة والتهايؤ على هذا الوجه افراز لا مبادلة فيتقيد بقوله هذا الوجه
وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب اخر في زمان واحد لانه اذا اتحد زمان الاستيفاء
يجعل افرازا لا مبادلة للامكان بين الافراز لانهما اذا تهايآ مكانين في زمان واحد يتحقق معنى الافراز
واما اذا كان التهايؤ في الزمانين في مكان واحد لا يمكن جعله افرازا بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض
عن الاخر في نوبته فكان مبادلة لا افرازا **قوله** لا يجوز التهايؤ اصلا بالجبر اعتبارا بالقسمة وكذا بالتراضي
لانه يصير بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتها بالتراضي لان بيع احدهما بالاخر جائز **قوله** والدابة
يحملها على صيغة بناء المفعول **قوله** ولو زادت الغلة في نوبة احدهما اي زادت الغلة في الدار
الواحدة في نوبة احدهما على غلتها في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة تحقيقا للتعديل بخلاف ما لو كان
التهايؤ في المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التهايؤ وقع في المنافع ثمة فيجب مراعاة
المعادلة فيها والتفاوت في الغلة لا يفوت المعادلة في المنافع فان الشيئين قد يستويان
ثم يختلفان في البدل عند العقد **قوله** ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بناء على ان معنى
الافراز راجح في الدارين لاتحاد زمان الاستيفاء فان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي
يصل فيه صاحبه وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كأنه اقرض نصيبه

من على هذا السهم الثاني فيجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في اجارة نصيب صاحبه فاذا استوفى
قدر القرض كان الباقي مشتركا **قوله** ويشترط التساوي ان لا يجوز الى اخره فان قلت يشكل على هذا التهايؤ
في التهايؤ في الجاريتين وهو ان يكون الجاريتان بين رجلين ولهما لبن فتهايآ على ان ترضع هذه ابن هذا
سنتين وهذه ابن هذا سنتين كان جائزا مع ان اللبنين ايضا اعيان ولم يجوز المهاياة في البان البقر بحلبه
انها اعيان قلت لان لبن بني ادم لا قيمة لها الا عند العقد بطريق التبعية كما في الاجارة فيجري مجرى المنافع
والمهاياة انما يكون في المنافع فكذلك جازت فيها المهاياة واما البان البقر والابل والغنم فلها قيمة وكانت اعيانا
على حقيقتها فلم يجز فيها المهاياة

باب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها في جميع الصور عندهما كما
بلفظ الحديث فانه روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة وقيل
وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع وانما خص في الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك
العقد به **قوله** وقالا جائزة لانه صلى الله عليه وسلم دفع نخل خيبر الى اهلها معاملة واراضيها مزارعة
على نصف ما يخرج من ثمر وزرع وبذلك عمل الصحابة والتابعين والصالحين الى يومنا هذا بلا انكار ولان
العقود ما شرعت الا لحاجة الناس وبالناس حاجة الى هذا لان الانسان قد يكون له ارض ولا يهتدي الى الزراعة
وقد يكون مهتديا ولا يكون له ارض فمست الحاجة الى انعقاد هذا السبب لمصلحتهما ويحصل مقصودهما
من الربح كما في المضاربة فانه يكون العمل فيهما من احدهما والمال من الاخر وما يحصل من الربح بناء على العمل والمال
منهما لحاجتهما الى ذلك بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الاولاد والابريسم فان تلك
الزوائد تتولد من العين ولا اثر للعمل الا في الحفظ فيهما وانما تحصل الزيادة بالعلف والسقي والحيوان يفعلهما
باختياره فلم يتحقق شركة معه لانه ليس في ذلك العقد عرف ظاهر فاما هنا فلعمل المزارع اثر في تحصيل الخارج
والعرف ظاهر في عامة البلدان زمانه **قوله** وله ما روي لابي حنيفة رضي الله عنه حديث رافع بن خديج
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة وهي مزارعة الارض على الثلث والربع ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم
اهل خيبر كان خراج مقاسمة اعلم ان الخراج على نوعين وظيفة وخراج مقاسمة فالوظيفة هي ان يوظف
الامام كل سنة على مال كما صالح النبي صلى الله عليه وسلم مع اهل نجران على الفي حلة كل سنة الف ومائتي حلة ستمائة
في محرم وستمائة في رجب والمقاسمة هي ان يقسم الامام ما يخرج من الارض كما صالح النبي صلى الله عليه وسلم
مع اهل خيبر على ان ما يخرج من اراضيهم نصفه للنبي صلعم ونصفه لاهلها ولشيوع هذا الحديث صحح من جوز
المزارعة لان ذلك كان على سبيل المصالحة فانه صلى الله عليه وسلم لو اخذ الكل جاز فانه ملكه غنيمة فكان
ما ترك في ايديهم فضلا ولانهم صلح لم يبين مدة معلومة وقد اجمعوا على ان عقد المزارعة لا يصح الا ببيان
المدة ولم يصح الاسناد الا بعقد المضاربة لا اشتراط المدة فيها **قوله** في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلعم

عنى لكن هو ان يستاجر رجلا ليطحن له كذا من حنطة بقفيز من دقيقها والحيلة لجواز المعاملة والمزارعة
عنده ان يستاجر العامل باجر معلوم الى مدة معلومة فاذا مضت المدة يستوجب الاجر سواء حصل الخارج
او لا ثم يراضيان ببعض الخارج فيجوز ذلك والفتوى على قولهما لحاجة الناس اليهما ولظهور التعامل بهما
وان كان القياس يأباه كالاستصناع فان قلت التعامل على خلاف النص باطل بل النصوص الواردة فى
المجتهدات تصور النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها او يحملها على ما اذا شرطا شرطا فاسدا فقد روى انهم
كانوا يشترطون فيهما شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما يفسدها عندهما وقال الحصيرى حاكيا
وابو حنيفة رضى الله عنه لما فرع هذه المسائل على اصوله العلمه ان الناس لا ياخذون بقوله **قوله** الذى صح
لانه نماء ملكه فان قلت ما وجه الفرق بين هذا وبين مسئلة الغصب وهى ما اذا غصب رجل من انسان
بذرا فزرعه ان الزرع يكون للزارع مع ان الخارج نماء ملك صاحب البذر قلت الفرق بينهما هو
ان الغاصب هناك عامل لنفسه واضافة الحادث الى عمله اولى من الاضافة الى البذر لانه فى العمل مختار
وهو المكتسب والمحصل وهنا عامل فى بذر الغير بامره فيصير الاجير بجعل العمل مضافا الى الامر فبقى
البذر اصلا فيضاف النماء اليه **قوله** كما فصلنا وهو قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض
الى اخره **قوله** والثالث بيان المدة بان يقول الى سنة او سنتين وما اشبه ذلك لان المنافع انما يمكن فيها
من الزراعة لا يجوز وان سمى مدة لا يعيشان ولا يعيش احدهما الى تلك المدة لا يجوز لانه فى معنى اشتراط بقاء
العقد الى ما بعد الموت **قوله** لانه اى لان عقد المزارعة **قوله** عقد على منافع الارض اى اذا كان
البذر من قبل العامل **قوله** او منافع العامل اى اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هى المعيار
اى للمنافع ليعلم بها اى ليعلم العقد بالمدة **قوله** واعلام المعقود عليه وهو منافع الارض اذا كان
البذر من قبل العامل ومنافع العامل اذا كان البذر من قبل رب الارض قطعا للمنازعة وهذا لان المعقود
عليه يختلف باختلافه فان البذر ان كان من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل رب الارض
فالمعقود عليه منفعة العامل فلا بد من بيان المعقود عليه لان جهالته تؤدى الى المنازعة بينهما **قوله**
بيان جنس البذر وهذا لانه لا بد من اعلام جنس الاجرة ولا يصير ذلك معلوما الا ببيان جنس البذر **قوله**
وهى عندهما على اربعة اوجه فان قلت هذا اللفظ مشكل لانه ان اراد به بيان جميع المزارعات صحيحة
كانت او فاسدة فغير جائز لوجود الوجهين الاخرين احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل
للاخر والثانى ان يجمع بين البذر والبقر وان اراد به بيان انواع المزارعات الصحيحة فغير جائز ايضا لان
الوجه الوجه الثالث باطل قلت انه اراد به انواع المزارعات المعتادة صحيحة كانت او فاسدة
وكانت العادة على هذه الاقسام الاربعة وانه اراد به انواع الصحيحة والوجه الثالث صحيح ايضا
على ما هو المروى عن ابى يوسف رحمه الله اما العمشان الاخران فلم تجر العادة لهما ولم يعد احد عليهما وجه

الانحصار على هذه الاربعة فانه انما يصح به المزارعة اربعة اشياء وهى الارض والبذر والعمل والبقر
وهذا امر محسوس لا حاجة الى التعليل ثم هذه الاربعة بين الشريكين فى المزارعة لا يخلو اما ان كان
كلها لاحدهما دون الاخر او لهما فالاول يفسد لانه عقد المزارعة شركة انتهاء والشركة بمعنى الخلط
فى الشى بين الشريكين فلو لم يكن من احد الجانبين شىء لا تصور الشركة ولو كان لهما فلا يخلو اما ان يكون
بينهما بالتنصيف فى هذه الاربعة او باثبات الاكثر وهو الثلثة لاحدهما فان كان بالتنصيف فهو على وجهين
احدهما ان يكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر وهو الوجه الاول والثانى ان يكون الارض والبقر
لواحد والباقى لاخر وان كان باثبات الاكثر لاحدهما فهو على وجهين ايضا احدهما ان يكون الارض لواحد والباقى
لاخر وهو الوجه الثانى والثانى ان يكون العمل لاحدهما والباقى لاخر وهو الوجه الثالث وانما يصح عندهما
اذا كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر لان رب الارض استاجر العامل للعمل والبقر آلة للعمل
فصار مشروطا عليه كما لو استاجر خياطا ليخيط بابرة بنفسه او صباغا ليصبغ بصبغ بنفسه او يكون الارض
لواحد والباقى لاخر لان رب البذر استاجر الارض بجزء معلوم من الخارج ولو استاجرها باجر معلوم من الدراهم
صح فكذا اذا استاجرها بجزء مسمى من الخارج او يكون العمل لواحد والباقى لاخر لان رب الارض استاجر العامل
ليعمل بآلته فيصح كما لو استاجر خياطا ليخيط بابرة رب الثوب وطيانا ليطين بمره **قوله** وان
كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لاخر فهى باطلة فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه يجوز ايضا
للعرف فلانه لما جاز ان يكون البقر مع البذر مشروطا على رب الارض فكذا يجوز ان يكون البقر بدون البذر
مشروطا عليه كما فى جانب العمل فانه لما جاز ان يكون البذر مع البقر مشروطا على العامل جاز ان يكون البقر
مشروطا عليه بدون البذر وجه الظاهر ان رب البذر استاجر الارض والبقر واستيجار البقر بجزء من الخارج
مقصودا لا يصح وهذا لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فان منفعة الارض قوة فى طبعها
يحصل بها الخارج ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل فلعدم المجانسة لا يمكن جعل البقر تبعا للمنفعة
الارض ولا يجوز استحقاق منفعة البقر مقصودا بالمزارعة كما كان البقر مشروطا لاحدهما فقط بخلاف
جانب العمل لان البقر آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل **قوله** وان يكون البذر لاحدهما والارض
والبقر والعمل لاخر فهى فاسدة لان الشرع لم يرد به وعن ابى يوسف انه يجوز للتعامل ثم اعلم ان هذه المسئلة
فى الجواز والفساد مبنية على اصل وهو ان المزارعة ينعقد اجارة ويتم شركة وانما ينعقد اجارة على منفعة
الارض او على منفعة العامل لا يجوز على منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لان الشرع لم يرد به فاخذ
ما فيه بالقياس لان الاستيجار ببعض الخارج لا يجوز قياسا وانما فى استيجار الارض او استيجار العامل يعدل به
الشرع فى استيجار الارض ابن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما وفى استيجار العامل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
مع اهل خيبر ولان الناس تعاملوا اشتراط البذر على المزارع ومتى كان البذر على المزارع صار المزارع مستاجرا

للارض بعض الخارج وكذا لو تعاملوا اشتراط البذر على رب الارض واذا شرط البذر على رب الارض يصير رب الارض
مستاجرا للعامل ببعض الخارج واما استيجار غيرهما ببعض الخارج لا يجوز لان القياس لا يجوز استيجار العامل
والارض ايضا ببعض الخارج لان الاجر معدوم وليس بمشار اليه ولا واجب في الذمة لكن جوزناه نصا بخلاف
القياس والنص ورد في استيجار العامل الارض فبقي ما وراءهما على اصل القياس ولما كان كذلك كان ما وجد من صور
عدم الجواز فهو من قبيل استيجار غير الارض او العامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين
فلم يكن احدهما تبعا للاخر ولكن المنظور فيه هو استيجار غير الارض وغير العامل ببعض الخارج وما وجد من صور
الجواز فهو من قبيل استيجار الارض او العامل او كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين لكن المنظور فيه هو
استيجار الارض او العامل ببعض الخارج وفيه ورد الاثر وهذا هو الاصل الذي يدور عليه مسائل المزارعة فاحفظه
قوله وصار كما اذا شرط رفع الخراج والارض خراجية وهذا اذا كان خراج موظف لانه عسى لا يخرج الا
لذلك القدر فاما اذا كان خراج مقاسمة نحو الثلث والربع يجوز كما لو شرط ربع العشر والارض عشرية قوله
لانه معنى اي معلوم قوله الماذيانات جمع ماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول فارسي معرب وقيل
ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض والسواقي جمع ساقية وهي فوق الجدول ودون النهر قوله اعتبارا
للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان فان العرف عندهم ان الحب التبن يكون بينهما نصفين ويحكم العرف عند الاشتباه
واجب قوله والشرط يقرر بشرط الاصل يعني لما كان الاصل هو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما نصا كان
التبن وهو الفرع مشتركا بينهما ايضا تبعا للاصل وان لم يذكرا فيه الشركة فكان معنى قوله والشرط يقرر بشرط
الاصل اي يصفه الشرط بصفة الاصل كالامام اذا دخل المصر ونوى الاقامة يصير الجندي مقيما وان لم يكن في
موضع الاقامة وكذا المولى مع العبد قوله لانه حكم العقد فاذا صح اجاعله فلا يتغير به وصفا العقد قوله
وان شرط التبن اي لغير صاحب البذر واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط يعني لو صححنا هذا العقد ادى
الى ان يستحق احدهما شيئا من الخارج بالشرط دون صاحبه فيما اذا حصل التبن دون الحب بخلاف الاول فان
استحقاق رب البذر ليس بالشرط بل لانه نماء ملكه قوله فلا شيء للعامل لانها ان كانت اجارة فالواجب في العقد
الصحيح المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره وان كانت شركة فالشركة في الخارج لا في غيره فلا يستحق غيره قوله
بخلاف ما اذا فسدت المزارعة ولم تخرج شيئا فانه يجب اجر المثل في الذمة وفوات الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة
قوله ولو كان البذر من رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له في المزارعة لرضاه بسقوط
الزيادة وعند محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا ما بلغ وقد مر في الشركة قوله ولو جمع بين الارض والبقر الى اخره
فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر لانه استوفى منفعة ارضه وبقره بحكم عقد فاسد وقيل يغرم له اجر مثل
الارض مكروبة فاما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا
ووجوب اجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد اذ المنافع لا تتقوم الا بالعقد والاصح ان عقد المزارعة

من جنس الاجارة لما عرف ان منافع البقر يجوز استحقاقها بالعقد الاجارة فيعقد عليها عقد المزارعة
بصفة الفساد ويجب اجر مثلها كما يجب اجر مثل الارض قوله طاب له جميعه اي جميع الخارج ولا يتصدق
بشيء من ذلك لانه نماء ملكه حصل في ارضه بخلاف ما اذا كان البذر من قبل العامل فعلى العامل اجر مثل الارض
ويرفع عن الخارج قدر بذره وما انفق وما غرم من اجر الارض ويتصدق بالفضل لانه فضل زرع خرج من ارض
غيره باجارة فاسدة وان هلك الخارج في هذه الصورة او لم تنبت الارض شيئا فللعامل اجر مثل عمله كذا
في الذخيرة وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في الفرق بين الفصلين فقال وجب التصدق بالزيادة
متى تمكن الخبث في منفعة الارض ولم يوجب متى تمكن في عمل العامل لان العمل وهو التدبير وهو السقي لم يتصل
بالزرع حقيقة لان التدبير لما وجد انقضى والسقي انما يكون بفتح الجدول وذلك مضى وانقضى فلم يتصل
حقيقة وان اتصل حكما والخبث المتمكن بسبب الفساد في منفعة الارض اتصل بالخارج حقيقة وحكما لان
منفعة الارض متصلة بالخارج من اول ما نبت الى وقت الادراك قوله واذا عقدت المزارعة فامتنع
صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه اعلم ان هذه المسألة مبنية على صفة المزارعة فانها لازمة من قبل لا بذر له
محتملة للفسخ من قبل صاحب البذر حتى لا يملك الفسخ الا بعذر وغيره لازمة من قبل من لم يبذر قبل القاء البذر في الارض حتى يملك الفسخ
من غير عذر وبعدما القى البذر في الارض يصير لازما من الجانبين قوله ولو امتنع رب الارض والبذر من
قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان عمله انما يتقوم بالعقد والعقد قوم بجزء من الخارج
ولا خارج بعد قالوا هذا الجواب في الحكم فاما فيما بينه وبين ربه فيلزمه ان يعطي العامل اجر مثل ما عمله
لانه انما استعمله بهذه الاعمال ليحصل لنفسه من الخارج فاذا اخذ الارض منه بعد غيره والغرور
مدفوع فيفتى بان يطلب رضاه قوله لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين حق المزارع
وحق الورثة وفي القلع ابطال لحق العامل اصلا وكان الابقاء اولى اما في السنة الثانية والثالثة فلا حاجة
الى الابقاء لانه لم يثبت الحق للمزارع في شيء بعد فجعلنا بالقياس قوله ومر الوجه في الاجارات وهو قوله
لانه لو بقي العقد يصير المنفعة المملوكة الاجرة مملوكة لغير العاقد الى اخره قوله لما بينه وهو قوله
لان المنافع انما تتقوم بالعقد الى اخره قوله فادح اي يفعل من قدحه الامر اثقله قوله وليس للعامل
ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لانه لا يجوز ان يطالب بالمسمى وهو الخارج لانه معدوم ولا يجوز
ان يطالبه باجر المثل لانه انما يجب عند فساد العقد ولم يفسد قوله واذا انقضت مدة المزارعة
والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصف الارض لصاحب الارض الى ان يستحصد لانه استوفى منفعة
نصف الارض لتربية حصته فيها الى وقت الادراك وهذا لان المدة اذا انقضت فقد انتهى العقد الا
ان في قلعه ضررا فابقينا العقد بالاجر كما في الاجارة قوله والنفقة مثل اجر السقي والحفظ والتنقية
والعلف وغير ذلك على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما حتى يستحصد الزرع لانه عمل في مال مشترك

حتى انتهى العقد بانتهاء المدة واستحقاق العمل على العامل انما كان في المدة بالعقد ولم يبق **قوله** بخلاف ما اذا كانت تنقيد بالموت لانه اذا دار يورد مسئلة على خلاف المسئلة الاولى في وقت الانفساخ بان ينفسخ عقد المزارعة قبل قبضه وهو في الوقت لان الانفساخ في المزارعة قبل المدة لا يكون الا في صورة الموت ثم هي مخالفة لمسئلة انقضاء المدة في احكام ثلثة وهي وجوب اجر الارض والاشتراك في النفقة والاشتراك في العمل حيث لم يجب اجر مثل نصفه من الارض على العامل لان العقد في صورة الموت بقي بينهما ببقاء المدة ومنفعة الارض كانت مستحقة له في المدة **قوله** وان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع فان قلت هو مضطر في هذا الانفاق لانه يحيي حق نفسه فلا يوصف بالتبرع قلت هو غير مضطر في ذلك لانه يمكنه الانفاق بامر القاضي ولانه غير مجبر على الانفاق فكان متطوعا **قوله** ولو اراد المزارع ان ياخذ بقلا الى اخره فان قلت كان في هذا اضرارا بالمزارع وفي قلع المزارع الزرع بقلا اضرار لرب الارض ايضا بفوت نصيبه من الخارج ومع ذلك جاز له قلعه قلت انما اختلف حكم قلعهما لاختلاف المعنى وهو ان المزارع لو لم يقلع الزرع يسلم لرب الارض اجر مثل نصف الارض ثم هو مع ذلك كان في المطالبة بالقلع متعنتا قاصدا الى الاضرار بالمزارع فيرد عليه قصده فاما المزارع فهو ان الزرع انما كان يترك لدفع الضرر عنه وقد رضي بالتزام الضرر ولانه نظر لنفسه وفي هذا من وجه فانه يمتنع من التزام اجر مثل نصف الارض مجانا الى ان ينقص نصيبه بذلك لاجل ذلك **قوله** هذه الخيارات هو قوله اقلع الزرع او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت **قوله** لما بينا وهو قوله لان المزارع لما امتنع الى اخره **قوله** الحصاد بفتح الحاء وكسرها الحصاد وقرئ بهما في قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده **قوله** هو ان يرفع الزرع الى البيدر والكسر لغة **قوله** والدياس هو الطعام ان يوطأ بقوائم الدواب او يكر عليه المدوس يعني الجرجر حتى يصير تبنا **قوله** فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت والاصل في هذا النوع انه اذا شرط في المزارعة على المزارع او على رب الارض ما ليس من اعمال المزارعة تفسد لانه شرط لا يقتضيه المزارعة وفيه منفعة لاحدهما ومثله يوجب فساد العقد لان المزارعة تنعقد اجارة والاجارة تفسد به واذا شرط فيها ما كان من اعمال المزارعة لا تفسد المزارعة لانه شرط يقتضيه المزارعة ومثله يؤكد العقد والفاصل بين عمل المزارعة وغير عمل المزارعة ان كل عمل ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من عمل المزارعة وكل عمل لا ينبت ولا ينمي في الخارج فهو ليس من اعمال المزارعة **قوله** وعن ابي يوسف انه يجوز وروى اصحاب الامالي عن ابي يوسف ان المزارعة مع شرط الحصاد والدياس والتذرية على المزارع جائزة قال الفقيه ابو بكر البلخي كان محمد بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ رحمهم الله يفتون بجواز المزارعة مع هذه الشرائط لانها معاملة فيما بين الناس ولو شرطا الحصاد في الزرع على رب الارض لم يجز اجماعا لانه لا عرف فيه **قوله** لانه مال مشترك بينهما فيشترك بعد القسمة باعتبار ما كان مالهما والله اعلم

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة ان تقدم على المزارعة لكثرة من قال بها بالجواز ولورود الاحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم باهل خيبر الا ان شدة الاحتياج اليها وبيان احكام المزارعة للعباد لكثرة وقوعها في البلدان يوجب تقديمها المساقاة مفاعلة من السقي وهي المعاملة في الاشجار ببعض الخارج منها وذكر في فتاوى قاضي خان رحمه الله وشرائطها اربعة منها بيان نصيب العامل وان سكتا عن نصيب الدافع جاز استحسانا كما مر في المزارعة ومنها الشركة في الخارج كما في المزارعة ومنها التخلية بين الاشجار والعامل ومنها بيان الوقت فان سكتا عن الوقت جاز استحسانا **قوله** والكلام فيه كالكلام في المزارعة وشرط تسمية الجزء مشاعا اذ شرط جزء معين يقطع الشركة وقال الشافعي ومالك رحمهما الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة وشرط التبعية عند مالك رحمه الله ان يكون الاصل ضعف التبع لانه يتحقق التبعية والمعاملة انما تصح عنده اذا شرط النفقات كلها على العامل لانه من تمام العمل لهما ان الاصل هذا المضاربة والمعاملة اشبه بالمضاربة من المزارعة فان في المعاملة الشركة في الزيادة دون الاصل وهو النخل كما في المضاربة الشركة في الربح دون راس المال وفي المزارعة لو شرطا في الفصل دون الاصل البذر بان شرطا رفع البذر من الخارج لم يجز العقد فيجوز المعاملة مقصودا ولم تجوز المزارعة الا تبعا في ضمن المعاملة وقد يصح العقد في الشيء تبعا وان كان لا يصح مقصودا كالوقف في المنقول تبعا للوقف العقار وبيع الشرب تبعا لبيع الارض **قوله** يقع على اول ثمرة تخرج اي في هذه السنة لان لادراك الثمر وقتا معلوما عادة والثابت عادة كالثابت شرطا فصارت المدة معلومة وان تقدم او تاخر فذلك يسير لا يقع بسببه المنازعة عادة وقيد بما ان العقد يتناول اول الثمرة وفيما وراء ذلك يشكل فلا يثبت الا بالتيقن حتى اذا لم تخرج الثمر في تلك السنة انتقضت المعاملة لان العقد لم يتناول الا ذلك القدر من المدة فكانهما نصا على ذلك بخلاف المزارعة فان اخر المدة ثمة مجهول للجهالة اوله لان ما يزرع في الخريف يدرك في اخر الربيع وما يزرع في الربيع يدرك في اخر الصيف وما يزرع في الصيف يدرك في اخر الخريف فلجهالة وقت ابتداء عمل المزارعة يصير وقت انتهائه مجهولا وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة فلهذا لا يجوز العقد الا ببيان المدة **قوله** بخلاف ما دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة على ان يقوم عليه ويسقيه فما خرج فهو بينهما نصفان فهي فاسدة الا ان بينا المدة لان الشجر يتفاوت في ذلك بتفاوت الاراضي بالقوة والضعف فان بينا مدة معلومة صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلوما فيجوز وان لم يبينا مدة لم يجز **قوله** وبخلاف ما اذا دفع نخلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها ويسقيها حتى يذهب اصولها وينقطع نبتها على ان الخارج بينهما فهي فاسدة لانه لا انقطاع لنهايته معلومة عادة وجهالة المدة في المعاملة تفسد المعاملة **قوله** او اطلق اي دفع اصول رطبة ولم يقل حتى يذهب اصولها فيقع المعاملة في النخل على اول ثمرة تخرج وفي الرطبة على اول جزة تجز اذا كان للرطبة جزة معلومة واما اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فلا يجوز **قوله** وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز المعاملة الا في الكرم

والنخيل لان جوازها ما لاثر وانما ورد الاثر في النخيل والكروم وهو ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم
بخيبر ولنا ان جوازها للحاجة وهي تعم الكل لان اهل خيبر يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولان الاصل في
النصوص التعليل خصوصا على اصله فانه يقول به ولا يشترط اقامة الدليل على ان هذا النص في الحال معلول
وعندنا وان كان الاصل في النصوص التعليل لكن لا بد من اقامة الدليل على ان هذا النص في الحال معلول فلا يستقيم
دعوى قصر حكم المعاملة على النخيل والكروم باعتبار ورود الاثر فيهما اعلم ان اثر الخلاف في كون الاصل في النصوص
التعليل يظهر في مسئلة الخمر ان حرمة الخمر معلولة عنده بناء على ان هذا الاصل عنده وقد قام دليل التمييز وهو صفة
المخامرة وعندنا غير معلولة لانعدام الدليل على ان نص الخمر معلول بل قام الدليل على انه غير معلول وهو قوله
صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها وايضا انه جوز تعليل النصوص بنوع العلة ومنها العلة المتعديه
والقاصرة ويظهر اثر هذا الخلاف في الذهب والفضة في جريان الربوا انه هل يعلل بالثمنية ام لا وعنده يصح
وان كانت قاصرة وعندنا لا يصح فكان وجوه العلل عنده اكثر فلاجل ذلك قال رضي الله عنه سيما اي
خصوصا على اصله **قوله** وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل الا من عذر وكذا ليس للعامل ان يترك العمل
بغير عذر بخلاف ما لو دفع البذر والارض مزارعة لان في القاء بذره في الارض اتلاف ملكه فله ان لا يرضى به
وهنا لا يحتاج رب الكرم في القاء العقد الى اتلاف شيء من ماله فيلزمه العقد من الجانبين ولا يتفرد واحد منهما
بفسخه الا بعذر كسائر الاجارات وهذا معنى قوله بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر **قوله** وتبطل
المساقاة بالموت لان رب الارض استاجر العامل ببعض الخارج ولو استاجره بدراهم بطلت الاجارة بموت
احدهما فكذا اذا استاجره ببعض الخارج **قوله** فان مات رب الارض والخارج بسر استحسنت
المعاملة ما بقي وكان البسر بين ورثة رب الارض والعامل نصفين في الاستحسان لان في النقض ضررا للعامل
ان يقوم عليه كما كان يقوم حتى يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض لان في انتقاض العقد بموت رب
الارض اضرارا بالعامل وابطالا لما كان مستحقا له بعقد المعاملة وهو ترك الثمار في الاشجار الى وقت الادراك
واذا انتقض العقد يكلف الجداد قبل الادراك فيه ضرر عليه ولما جاز نقض الاجارة لدفع الضرر لان
يجوز ابقاؤها لدفع الضرر اولى **قوله** ولو التزم العامل الضرر بان يقول انا اخذ نصف البسر فله ذلك
لان ابقاء العقد لدفع الضرر عنه فاذا رضي بالتزام الضرر انتقض العقد بموت رب الارض الا انه لا يملك
الحاق الضرر بورثة رب الارض فيثبت الخيار للورثة بين الاشياء الثلثة المذكورة في المتن **قوله**
وقد بينا نظيره في المزارعة وهو قوله وان اراد المزارع ان ياخذه بقلا الى آخره **قوله** لان فيه
النظر من الجانبين اي من جانب رب الارض ومن جانب العامل لان فيه يحصل مقصودهم ويدفع ضررهم
قوله وهذا خلافة في حق مالي كان له الى آخره ولا يكون وراثة في الخيار وهذا جواب اشكال التقرير
وهو ان يقال خيار الشرط لا يورث فكيف يثبت الخيار لورثة العامل فقال هذا ليس من باب يورث

الخيار بل من باب خلافة الوارث فيما هو حق مالي مستحق له وهو ترك الثمار على النخيل الى وقت الادراك الى آخره
قوله لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان استيجار الارض صحيح فان من اشترى
زرعا في ارض مدة معلومة جاز ولو استاجرها الى وقت الادراك وجب اجر المثل اما الشجر فلا يجوز استيجاره
حتى لو اشترى ثمارا على رؤس الاشجار ثم استاجر الاشجار الى وقت الادراك لا يجب عليه اجر واذا ظهر هذا
الفرق يبتنى عليه فرق اخر وهو ان العمل هناك عليهما بحسب ملكيهما في الزرع لان رب الارض لما استوجب
الاجر على العامل لا يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة وههنا العمل على العامل في الكل
لانه لا يستوجب رب النخل عليه اجرا بعد انقضاء المدة كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء
المدة فيكون كله على العامل الى وقت الادراك قبل انقضاء المدة **قوله** السعف جريد النخل الذي
يتخذ منه الزنبيل والمراوح **قوله** او بموت احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته لانه يعجز
عليه استيفاء المعقود عليه **قوله** ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة على ان يغرسها
نخلا وشجرا او كرما على ان ما اخرج الله تعالى من نخل وشجر او كرم فهو بينهما نصفان وعلى ان الارض بينهما
نصفان فهذا كله فاسد لاشتراطهما الشركة فيما هو كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وهو الارض فان
غرسها واخرجت ثمرا فجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه
استاجره ليجعل ارضه بستانا بالآت نفسه على ان يكون اجره نصف البستان الذي اظهر بعمله وبالاته
فيكون في معنى قفيز الطحان المنهي عنه فيكون فاسدا ثم الغراس عين مال قائمة كانت للعامل وقد تعذر
ردها عليه للاتصال بالارض فيلزمه قيمتها مع اجر مثل عمله فيما عمل لانه ابتغى عن عمله عوضا ولم يسلم
له ذلك فيستوجب اجر المثل لانه يكون مستاجرا نصف الغراس منه بنصف الارض والغراس مجهول له
فلا يجوز **قوله** وفي تخريجها اي في تخريج جواب هذه المسئلة وهو قوله ومن دفع ارضا بيضاء الى قوله
لم يجز ذلك طريق اخر اي لتخريج جواب هذه المسئلة بان هذا العقد لا يجوز سوى ما ذكرناه من الدليل
الذي ذكرناه طريق وهو قفيز الطحان فكان مسلوكا بطريق الاستيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو ان يكون
نصف البستان للعامل فكان بمنزلة قفيز الطحان وهذا الطريق هو الاصح واما الطريق الاخر الذي
احال على كفاية المنتهي في تخريجها فانه لا يجوز فهو طريق شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بمقابلة
نصف او شراء جميع الغراس بمقابلة نصف الارض ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد
هناك لجهالة الغراس نصفها او جميعها لا باعتبار معنى الاستيجار الذي هو في معنى قفيز الطحان وذكر
شمس الائمة السرخسي رحمه الله بيان هذا في باب الاجارة الفاسدة من المبسوط ما ها والله
اوردها بعد المزارعة لمناسبة خاصة بينهما

باب الذبائح

وهي ان الذبح يحصل للمقصود وهو الانتفاع باللحم في الحال مع اتلاف الموجود وهو ازهاق روح الحيوان

كالمزارعة هي تحصيل للمقصود وهو الانتفاع بالخارج في المآل مع اتلاف الموجود في الحال وهو بعد الحنطة الموجودة الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع اوداج والذكاة الذبح اسم من ذكى الذبيحة تذكية اذا ذبحها **قوله** الذكاة شرط حل الذبيحة اي الذبح شرط حل اكل ما يؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى الا ما ذَكَّيتُم وحكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله ولان الذكاة يميز الدم النجس من اللحم الطاهر **قوله** يثبت به الطهارة في المأكول اي الذكاة كما توجب حل الذبيحة توجب طهارتها وان لم يكن مأكول اللحم لانها تنبئ عن الطهارة منه قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها اي انها اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت طابت كما ان الذكاة تطهر الذبيحة وتطيب كذا في الصحاح **قوله** وهي اي الذكاة على نوعين اختياري حالة القدرة فيعتبر في محل مخصوص وهي ما بين اللبة واللحيين واضطراري حال عدم القدرة وهو الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل من الاول لقصوره عنه في المعنى المطلوب من الذكاة وهو انهار الدم ولهذا توقف المصير الى الثاني على تعذر المصير عن الاول وهذه امارة البدلية **قوله** ومن شرطها ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اعتقادا او دعوى وان يكون حلالا خارج الحرم في حق الصيد فيحل ذبيحة المسلم لانه على ملة التوحيد اعتقادا او الكتابي لانه يدعي التوحيد **قوله** وذبيحة المسلم والكتابي حلال والاصل فيه قوله تعالى الا ما ذكيتم وهو عام يتناول المسلم والكتابي والاولى التمسك في حل ذبيحة الكتابي بقوله تعالى وَطَعَامُ الَّذِينَ اُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ والمراد الذبائح اذ لو حمل على ما سواها من الاطعمة لم يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر معنى وانما قلنا ذلك اولى لان عموم قوله تعالى الا ما ذكيتم كما يتناول المسلم والكتابي فكذلك يتناول الوثني والمرتد والمجوسي فلا يحل ذبيحتهم بالاتفاق وقوله تعالى طعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم يعني ذبائح اليهود والنصارى ومن دخل في دينهم من سائر الامم قبل المبعث اما من دخل في دينهم بعد المبعث فلا يحل ذبيحتهم فاذا سمى احدهم غير الله عند الذبح مثل قول النصارى باسم المسيح فاختلفوا فيه قال بعضهم ذبائحهم حلال وان ذكروا اسم المسيح او غير اسم الله وقال بعضهم اذا ذكروا اسم المسيح او غير اسم الله لم يحل اكله وكره **قوله** يعقل التسمية اي يعلم ان حل الذبيحة متعلق بالتسمية **قوله** والذبيحة اي شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم والمرئ وفي بعض النسخ والذبيحة اي يقدر على الذبح ويضبطها اي يضبط فان قلت فعلى هذا كيف يصح قوله او مجنونا اذ لا قصد له لان القصد انما يكون بالعقل قلت جاز ان يريد بالمجنون المعتوه كما ذكر في الحج وقال ومن اغمي من هؤلاء الى الرجال وهو المعتوه **قوله** والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم بناء على ان قتل الصيد حرام على المحرم لقوله تعالى لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَاَنْتُمْ حُرُمٌ والذكاة فعل مشروع فلم يكن ذكاة وكذا لا يحل ما ذبح في الحرم من الصيد سواء كان الذابح حلالا او محرما لقوله صلى الله عليه وسلم لا ينفر صيدها والذبح اقوى من التنفير فاولى بالتحريم وهذا خلاف ما اذا

ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ المحرم لا يحرم الشاة وكذا ذبحها لا يحرم على المحرم وهذا لان الاصل حل الذبح والحرمة ثبتت بالنص وهو مخصوص بالصيد فلا يتعداه **قوله** له اي للشافعي رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم رواه البراء بن عازب وابو هريرة رضي الله عنهما ولان التسمية ليست بشرط اذ لو كان شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة وكالشهادة في النكاح وقطع الحلقوم والاوداج ولئن كان شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا ما سار النبي صلى الله عليه وسلم حين سئل عمن ذبح وترك التسمية ناسيا فقال كلوا فان تسمية الله في قلب كل امرئ مسلم ولنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ومطلق النهي يقتضي التحريم وقوله صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل وان شارك كلبك كلب اخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلل للحرمة بانه لم يسم على كلب غيره فهو دليل الحرمة اذا لم يسم على كلب نفسه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمه الله ولا فصل فيه بعد الحرمة لحالة العمد زيادة على النص فيجري مجرى النسخ ولكنا نقول اعتبار ذلك حرج عظيم اذ الانسان مجبول على النسيان وهو مدفوع بالنص والدليل السمعي غير مجرى على ظاهره لان ذبيحة الناسي مختلف في الصدر الاول لم يجر الاحتجاج بينهم بظاهر النص ولم يرد به ظاهره لحرب المحاجة بينهم وظهر الانقياد من المخالفين وارتفع الخلاف بينهم فان قلت الناسي مخصوص من النص فيخص العامد بالقياس قلت الناسي غير مخصوص منه لانه ذاكر بعذر القيام الملة مقام الذكر فان قلت فلتقم الملة مقام الذكر في حق العامد ايضا قلت اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي بالحديث وهو معذور ومستحق للنظر والتخفيف لا يدل على اقامتها مقامها في حق العامد وهو غير معذور ولان الناسي لا يخلو من ان يكون مرادا منه او لم يكن فان كان مرادا الا يكون مخصوصا وحينئذ يلزم ارادة العامد بالطريق الاولى وان لم يكن مرادا يلزم ارادة العامد صونا للنص عن التعطيل فان قلت النص مجمل فانه لا يدري انه اريد به حال الذبح او حال الطبخ او حال الاكل والاحتجاج بالمجمل لا يصح قلت اجمع السلف ان المراد به حال الذبح لا سائر الاحوال فلا يكون مجملا فان قلت لو تمسك الخصم بحديث عائشة رضي الله عنها فانها سالت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان الاعراب ياتوننا باللحوم فلا ندري اسموا عليها او لا فقال صلى الله عليه وسلم سموا انتم فكلوا ولو كانت التسمية من شرط الحل لما امرها بالاكل عند وقوع الشك قلت هذا الحديث دليلنا فانها سالت عن الاكل عند وقوع الشك في التسمية فدل ذلك على انه كان معروفا عندهم ان التسمية من شرط الحل وانما امرها بالاكل بناء على الظاهر ان المسلم لا يدع التسمية عمدا كما اشترى في سوق المسلمين الشاة يحل بناء على الظاهر وان كان يتوهم انه ذبيحة المجوسي **قوله** ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط عند الذبح وهي على المذبوح في الصيد يشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان التكليف بحسب الوسع والمقدور في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط

عند تعذر عليه **قوله** وذبح ما جرى اي بسبب اخرى كل لان التسمية على الذبيحة لا على الآلة
والذبيحة لم تبدل حتى اذا اضجع شاة وسمى تركها وذبح شاة اخرى ترك التسمية عليها لا تحل
ولو رمى سهما الى الصيد وسمى فاصاب صيدا اخر او احد سكينا وسمى تركه واخذ سكينا اخر او ارسل
كلبه الى الصيد وسمى وترك الكلب ذلك الصيد واخذ غيره حل ولو ذبح ملك الشاة ثم ذبح اخرى
بعدها وظن ان تلك التسمية تكفيه لا تحل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل **قوله** احدها
ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة نحو ان يقول بسم الله محمد رسول الله او يقول اللهم
تقبل من فلان لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له ولكنه يكره لوجود الوصل صورة كما في القرآن
ظاهرا وذلك مقصور بصورة الحرام فيكره وثانيها ان يذكر موصولا على سبيل العطف والشركة
نحو ان يقول بسم الله واسم فلان او بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بجر محمد فيحرم الذبيحة
لانه اهل به لغير الله وقال تعالى وما اهل به لغير الله قال صلى الله عليه وسلم موطنان لا اذكر فيهما
عند العطاس وعند الذبح وثالثها ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية ان يضجع
الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لانه عليه السلام كان يقول بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك
بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية
عند الذبح **قوله** والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة واللحيين وما بينهما هو الحلق
كله ولان المقصود اخراج الدم المسفوح من المذبوح واتم ما يكون فيه بالقطع في هذا المحل لانه
مجمع العروق المجرى فصار حكم الكل واحدا والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ
والودجان لقوله صلى الله عليه وسلم افر الاوداج بما شئت وهي عروق الحلق في المذبح فيتناول
الكل لان هذه العروق معهودة فانصرف اليها لان الحمل على الجنس يتعذر صرفه الى المعهود وقيل هي
جمع ينصرف الى الثلث فيتناول الودجين والمرئ بطريق التغليب ويلزم من ذلك الامر بقطع الحلقوم
ايضا لتعذر قطع هذه الثلثة بدون قطع الحلقوم والثالث ايضا كالتابع نصا وظاهره حجة
على الشافعي رحمه الله حيث يقول بقطع الحلقوم والمرئ يحل وان لم يقطع الودجان لانه لا يحيى
بعد قطع الحلقوم والمرئ ومالك رحمه الله حيث يشترط قطع الكل لاطلاق الحديث وعندنا ان قطعها
حل وان قطع الثلث منها اي ثلث كان عند ابي حنيفة رضي الله عنه يحل وهو قول ابي يوسف اولا وعنه
انه يشترط قطع الحلقوم وعنه انه يشترط قطع الحلقوم والمرئ واحدى الودجين وعن محمد رحمه الله
انه لا بد من قطع اكثر كل واحد من هذه الاربعة وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه لان كل واحد
اصل بنفسه لورود الامر بقطعه فيعتبر اكثر كل اصل منها لتعذر اعتبار الكل من كل منها ولهما ان
الاباحة متعلق بقطع هذه الاربعة بعينها المحيط قطع الكل بل اكثرها وهي اسالة دماء المسفوح

على سبيل الشرعة وهذا المعنى يحصل بقطع الاكثر يوجب لن يقوم مقام الكل كما تم في كثير من الاحكام
بعاد ما على الزيادة الحديث الا ان ابا حنيفة رضي الله عنه يقول اذا قطع الثلث اي ثلث كان يحصل
هذا المعنى فلا حاجة الى اشتراط غيره وهكذا قال ابو يوسف في رواية وشرط الحلقوم في رواية لانه اعظم
فكان اصلا فلا بد منه والحلقوم والمرئ واحد الودجين في رواية لان الحلقوم مجرى النفس والمرئ مجرى
الطعام والماء فلا ينوب احدهما مناب الاخر والودجان مجرى الدماء فينوب احدهما عن الاخر وفي
المبسوط الذكاة ما بين اللبة واللحيين وهكذا اللفظ الحديث رواه ابن المسيب والمراد محل الذكاة
عند الاختيار وفيه دليل على ان اعلى الحلق واوسطه واسفله في ذلك سواء لان الكل في المعنى المطلوب
في الذكاة سواء وقوله وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح الى اخره وانما اعاد لفظ الجامع الصغير لان
بينه وبين رواية المبسوط اختلافا من حيث الظاهر فان رواية المبسوط يقتضي الحل فيما اذا وقع الحلق
قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين فيحل ورواية الجامع الصغير يقتضي
ان لا يحل لان على روايته محل الذبح الحلق فلما وقع الذبح قبل العقدة لم يكن الحلق محل الذبح فلا يجوز فكانت
رواية الجامع الصغير مقيدة لاطلاق رواية المبسوط فكان المراد من اطلاق رواية المبسوط بان
الذكاة ما بين اللبة واللحيين المقيد وهو ان يقع الذكاة في الحلق بعد ان يكون ما بين اللبة واللحيين وقد صرح
في الذخيرة بان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل وفي فتاوى اهل سمرقند قصاب ذبح شاة في ليلة مظلمة
اعلى من الحلقوم او اسفل منه لا يحل اكلها لانه ذبح في غير المذبح لان المذبح هو الحلقوم ولكن ما ذكر من رواية
بعض الائمة يخالف هذه الرواية حيث قال سئل شيخ عمر ذبح شاة بقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب
ان تبقى مما يلي الراس ايؤكل ام لا قال العوام من الناس ليس هو بمعتبر وتحوز كلاهما سواء بقيت العقدة مما يلي
الراس او مما يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع اكثر الاوداج وقد وجد وكان يفتي بعض الائمة بهذه الرواية
فان قلت هذا النوع من التمسك يخالف رواية الاصول في النفي والاثبات لان الجمع المحلى بالالف واللام حكمه حكم
المفرد ولا يبقى له حكم الجمع كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وكذا في لا اشتري العبيد وكذا في الامثال
نحو قوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه يراد به الجنس فيتناول
الادنى وهو الواحد قلت نعم كذلك الا انه قد يراد به الجمع على حقيقته كما في قول المراة خالعني على ما بيدي من الدراهم
يراد به الجمع مرة ويراد به الادنى وهو الواحد مرة وهاهنا حمل على الجمع للاحتياط في موضع الحرمة وفي
موضع النفي من اليمين وغيره الاحتياط في العمل بالجمع بالادنى اما هاهنا الاحتياط في العمل بالاكثر لان هذا الجمع وهو
الاوداج على طريق التغليب للحلقوم والمرئ والودجين لم يكن بطريق المجموع من العبيد والنساء لما ان افرادها
ليست بمتحدة **قوله** اما الحلقوم يخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس فعلى هذا عكس بل
الحلقوم مجرى النفس والمرئ مجرى العلف هكذا في الايضاح وذكر في المغرب المرئ مجرى الطعام والشراب وهو في الحلقوم

للنفس **قوله** بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق بمعنى الاكثر من الثلث القائم مقام الربع باق فانه اذا ترك
الاسفل غير مقطوع فيكون الباقي اكثر مما شرط قطعه للحل وهو الثلث فان قلت المقطوع ايضا اكثر مما شرط
قطعه للحل قلت اعتبار الاكثر في المتروك اولى من اعتبار الاكثر في المقطوع ترجيحا للتحريم ويمكن ان يقال المراد الاكثر
من الواحد باق فيحرم لان المرخص ترك الواحد لا غير وقوله في المتن فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة كانه
جواب لهذا الاشكال **قوله** ولانه يعني ان الذكاة فعل مشروع وهذا غير مشروع فلا يكون ذكاة كما لو ذبح بغير
المشروع ولنا قوله صلى الله عليه وسلم انهر الدم بما شئت وكان المراد بما روى غير المنزوع فان الحبشة يستعملون
في ذلك سنهم وظفورهم قبل النزع لان المنزوع اله يحصل بها سيل الدم النجس فصار كالحجر والحديد بخلاف غير
المنزوع لانه يعمل بالثقل فيكون في معنى المخنقة وانما يكره لان الة الذبح غير الذابح وظفره وسنه منه ولان فيه
زيادة تعذيب على الحيوان وقد امرنا بالاحسان في الذبح قال صلى الله عليه وسلم اذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة **قوله**
لقوله ردت ان يميتها موتات فان قلت اماتتها انما يكون عند احداد السفرة اذا علم المقصود بالذبح بانه انما يحد
السفرة للذبح فالشاة او البقرة فيما نحن فيه لا تعلم انه يذبحها لانه لا عقل لها فكيف يكون هذا موتات قلت نعم كذلك
الا انه ذكر في المبسوط في هذه المسئلة ان الحيوان يعرف ما يراد بها كما جاء في الخبر ابهمت البهائم الا عن اربعة
خالقها ورازقها وحتفها وسفادها فاذا كانت تعرف ذلك وهو يحد السفرة بين يديها كان فيه زيادة ايلام غير محتاج
اليه **قوله** النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر **قوله** على ما مر
اي في اول الذبح وهو قوله والثاني كالبدل عن الاول الى اخره **قوله** وكذا متردي اي بركبه العجز الجرح ايضا **قوله**
لما بينا وهو قوله لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وهذا الذي ذكره فيما اذا علم ان المتردي مات
من عقره وجرحه **قوله** وفي الوجهين يعني المستوحش والمتردي **قوله** وفي الكتاب اي القدوري **قوله**
والمستحب في الابل النحر وهو قطع العروق في اسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق في اعلى العنق تحت اللحيين
قوله فالاستحباب لموافقة السنة المتوارثة فانه صلى الله عليه وسلم نحر الابل وذبح البقر وقال تعالى فصل لربك
وانحر اي الجزور وقال تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وقال وفديناه بذبح عظيم وهو الكبش ولان موضع النحر
من البعير لا لحم عليه وما سوى ذلك حلقه عليه لحم غليظ ولان عروقها تجتمع في المنحر فكان النحر في الابل اسهل فاما في
البقر والغنم فالذبح ايسر لاجتماع العروق في المذبح **قوله** فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر
عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله اذا تم خلقه اكل وان
لم يتم خلقه لم يؤكل لقوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة امه اي ذكوة الام نائبة عن ذكاة الجنين والتمسك ان
مثل هذا التركيب يذكر اما لبيان ان الاول يحمل عمل الثاني ويقوم مقامه كما في قوله صلى الله عليه وسلم علم الرجل حليلته
وعقله وزيره ان علمه يحمل عمل حليلته ويقوم مقامه وعقله يحمل عمل وزيره ويقوم مقامه واما ان الثاني يحمل عمل الاول
ويقوم مقامه كقول القائل وصف علم الممدوح لعار الا فاعي القاتلات لعابه يعني ان لعاب قلمه يحمل عمل لعاب الافاعي في

الحاق المكاره والمضار باعدائه ويحمل عمل العسل الصافي في الحاق الملاذ والمسار باوليائه والاول غير مراد ههنا
لان ذكاة الجنين لا يحمل عمل ذكاة الام ولا يقوم مقامها بالاجماع فتعين الثاني مرادا بالضرورة وهو ان يحمل ذكاة
الام عمل ذكوة الجنين في افادة حله ويقوم مقامها ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة واللحيين
بين صلى الله عليه وسلم ان محل الذكاة منحصر فيما بين اللبة واللحيين لانه ذكرها بلام التعريف ولا معهود ههنا فكان
لتعريف الجنس بالضرورة فلو حل الجنين مع ان ذكاته ليست ما بين اللبة واللحيين لا يكون جنسها منحصرا فيه
فيتطرق الخلف الى كلام النبي صلى الله عليه وسلم وانه محال وقولهما ان مثل هذا التركيب اما لبيان المعنى الثاني
قلنا او لبيان المعنى الثاني قلنا او لبيان معنى ثالث وهو تشبيه الاول بالثاني كقولهم ابو حنيفة ابو يوسف اي كعشائها وحدك
حدها سوى ان عظم السنان مسكه فسواء قولهما لانه جزء متصل بها قلنا نعم لكنه ينفرد بالحيوة فوجب ان
ينفرد بالذكاة بخلاف سائر الاجزاء فانها لما لم ينفرد بالحيوة لم ينفرد بالذكاة لان ما هو المقصود وهو انفصال الدم
المسفوح عن سائر الاجزاء يحصل بذكاة الام اما في الجنين فان الدم المسفوح فلا ينفصل عنه بذكاة الام فلا
يذكى بذكاتها بالضرورة فان قلت روى عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال قلنا يا رسول الله انا
ننحر الناقة ونذبح البقرة والشاة ونجد في بطنها الجنين انلقيه ام ناكله فقال صلى الله عليه وسلم كلوه فان شئتم
فان ذكاته ذكاة امه وهذه الرواية لا يتاتى فيها ما احتج لابي حنيفة رضي الله عنه عن رواية جابر ولهذا
قال الامام ابو زيد لعل هذا الحديث لم يبلغ ابا حنيفة فان قلت لا تاويل له فيه قلت هذا معارض لقوله تعالى
أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا فَإِنَّهُ رِجْسٌ وفي الجنين دم مسفوح بالاجماع فانه لو خرج حيا ولم ينفصل عنه ما فيه من الدم
بالذكاة حتى مات لا يؤكل فاذا انجمد الدم الرجس في اعضائه بمجاريه وجب الاحتراز والاجتناب عن جميع
اجزائه لان الاجتناب واجب عما فيه من الدم المسفوح لانه محرم ورجس ولا يمكن ذلك الا بالاجتناب عن كل
جزء منه فيحرم تناول كل جزء منه لاستلزامه تناول الدم المسفوح الرجس المحرم بالضرورة ثم نقول احتمال
تاخر الاية عن الحديث ثابت فيكون حكم الحديث منسوخا بالاية قطعا حسنا ولا اقل بعد من ان يكون الحديث متاخرا
لان في اثباته حكم الاية بالحديث اختلافا **قوله** بخلاف الجرح في الصيد يعني اذا رمى الى صيد فادماه
حيث يحل تناوله وان لم يحصل الفصل بين الطاهر والنجس على التمام لان اصل الجرح قد وجد وهو في الجملة سبب
لانفصال كل الرطوبات فاقيم السبب مقام المسبب عند العجز وههنا اصل السبب لم يوجد ولئن قلت
لما اكتفى باصل الجرح الذي هو سبب لسيل الرطوبات النجسة للتعذر وجب ان يسقط اعتباره اصلا فهو باطل
لان اصل الجرح لا يسقط بالعذر كما لو قتل الكلب الصيد غما **فصل فيما يحل اكله وما لا يحل** لما ذكر احكام
الذبائح وما يتعلق بها ذكر في هذا الفصل تفصيل الماكول عن غير الماكول اذ المقصود الاصلي من شرعية
الذبح هو التوسل الى الاكل وقدم الذبائح لانه شرط حل التناول فيما يحل من الحيوان والشرط مقدم على المشروط
قوله فيتناول سباع الطيور والبهائم لان كل ما له مخلب او ناب والحمامة لها مخلب والبعير له ناب ولذلك

وقالوا المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما بان يصيد بهما والسبع كل مختطف الى اخر مدة والناب من
السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البري والاهلي والمخلب
من الطير الصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين والمؤثر في الحرمة الايذاء وهو طورا يكون بالناب وتارة
يكون بالمخلب والخبث وهو ان يكون خلقة كما في الحشرات والهوام وقد يكون بعارض كما في الجلالة ومعنى التحريم
كرامة بني ادم كيلا يعدو شيء من هذه الصفات الذميمة اليهم بالاكل كره لحم الفيل لانه ذو ناب **قوله**
والرخم جمع رخمة وهي طائر ابلق يشبه النسر في الخلقة والغراب ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير وقال
الشافعي رحمه الله يؤكل الضبع والضب والثعلب لقوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية وليس فيها
هذه الثلاثة وعن جابر رضي الله عنه انه سئل عن الضبع اصيد هي فقال نعم فقيل ايؤكل لحمه فقال نعم ولنا
ما روينا والضبع والثعلب من السباع على ما فسرنا واما الضب فلما روي عن عائشة رضي الله عنها انه
اهدي لها ضب فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكله فكرهه فجاء سائل فارادت ان تطعمه اياه
فقال صلى الله عليه وسلم اتطعمين ما لا تاكلين والرسو من الموذيات والسلحفات من الخبائث قال
الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث **قوله** لحديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر
عن لحوم الحمر الاهلية واذن في الخيل ولان سؤره طاهر على الاطلاق وبوله كبول ما يؤكل لحمه فدل انه
مأكول كالانعام ولابي حنيفة رضي الله عنه قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة الاية سيقت
لبيان المنة وقد من علينا بالركوب ولم يبين الاكل ولو كان مأكولا لكان الاولى بيان منفعة الاكل لانه اعظم
وجوه المنافع فيه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم العدول عن بيان اعظم المنافع الى بيان الادنى عند
اظهار المنة وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما فان قلت انما لم يذكر لانه يفهم الاعلى بذكر
الادنى بالطريق الاولى قلت ذاك انما يصح اذا كان البيان بطريق الكناية وما نحن بصدده ليس كذلك الا ترى
الى قوله تعالى فيما سبق والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تاكلون ثم عطف عليه والخيل والبغال
والحمير فلو كان المراد ما ذكرتم لاكتفى بقوله والخيل والبغال والحمير من غير ذكر شيء من المنافع فلما قال لتركبوها
ثبت ان الحكم في المعطوف عليه غير الحكم في المعطوف ولان البغل حرام وان ولدته رمكة ولو حلت الرمكة
حل ولدها لان الولد للام ان حلت حل وولد الاتان العربية من الحمار **قوله** وهذا عند صاحبيه ودل
على اباحته ولا في موته لانه لا يكون بسبب فاجري الاصل في المعاش كما قيل ان مضل السمك اذا الجزر عنه
الماء مصير جراد اذا ما قتل في البر بعد ما مات في غير موضع اصله واذا مات في الماء بعد ما مات في غير موضع معاشه
وذلك سبب لموته وروي لمريم رضي الله عنها سالت الله لحما ليس فيه دم فرزقت الجراد وعمر رضي الله عنه كان
مولعا باكل الجراد والاصل في السمك عندنا ان ما مات منه بسبب فهو حلال كالماخوذ منه وما مات منه بغير سبب
لا يحل كالطافي اي الذي مات في الماء حتف انفه من غير سبب وكذا اذا وجد في بطنها سمكة اخرى لان ضيق

المكان سبب لموتها وكذا ان قتلها شيء من طير الماء او غيره وكذا ان مات في حب الماء او جمعها في حظيرة لا يستطيع
الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فمات فيها لان ضيق المكان سبب لموتها واذا ماتت في الشبكة
وهي لا تقدر على التخلص منها او اكل شيئا القاه في الماء كله فمات منه او ربطها في الماء فماتت او انجمد الماء فبقيت
بين الجمد وماتت يؤكل فان ماتت بحر الماء او برده يؤكل في رواية لوجود السبب بموتها وفي اخرى لا يؤكل لان الماء
لا يقتل السمك حارا او باردا اعلم انه ذبح شاة او بقرة فتحركت بعد الذبح او خرج منها دم يحل وان لم يتحرك ولم يخرج
الدم لا يحل وهذا اذا لم يدر حيوته وقت الذبح فان علم حل وان لم يتحرك ولم يخرج الدم كالمجروح اي لو ذبح المنخنقة
او الموقوذة او المتردية او النطيحة او التي بقر الذئب بطنها وبها حيوة حل في ظاهر المذهب لقوله تعالى الا ما ذكيتم
ولا يفصل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه انما يحل اذا كان بحال يعيش يوما لولا الذبح لانه
اذا كان بحال يموت من ساعته لا يدرك به مات بذبحه او بما اصابه فيدخل المسئلة الحل وعن ابي يوسف رحمه الله
انه اذا كان بحال يعيش اكثر اليوم لولا الذكاة يؤكل والا فلا اقامة للاكثر مقام الكل وعن محمد رحمه الله انه اذا
بقي حيوته اكثر من حيوة المذبوح او اذا جد يحل والا فلا

كتاب الاضحية

اورد الاضحية عقيب الذبائح لان كلا منهما متعلقة بالذبح حلا وحرمة وجاعل العهد اول ان الاول اعم في الاوقات
كلها والثانية اخص في ابدا يكون الخصوص بعد العموم الاضحية ما يضحى بها اي يذبح وجمعها الاضاحي يقال ضحية
وضحايا كهدية وهدايا اعلم ان القرب المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف
كالاعتاق وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانها تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم وهو تمليك ثم
يحتاج ههنا الى بيان الاضحية لغة وشرعا وشرائطها وركنها وسببها وبيان وصف القدرة فيها وحكمها
واما بيان وقتها وما يجوز وما لا يجوز مما ذكر في المتن اما لغة الاضحية اسم شاة ونحوها تذبح يوم الاضحى
واما شرعا فالاضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضان والمعز بسن مخصوص وهو الثني
فصاعدا من هذه الاربعة والجذع من الضان يذبح بنية القربة في يوم مخصوص اما شرائطها فنوعان شرائط
الوجوب وشرائط الاداء اما شرائط الوجوب فالمسائل التي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والوقت وهو ايام
النحر واما شرائط الاداء فالوقت المخصوص حتى لو ذهب الوقت يسقط واما ركنها فذبح ما يجوز ذبحه
في الاضحية بنية الاضحية واما سببها يعني سبب وجوب الاضحية الوقت لانها تضاف اليه ويتكرر بتكرره
ويقال يوم الاضحى كما يقال يوم الجمعة ثم اعلم ان الاضحية واجبة في الاصح عند اصحابنا وعند الشافعي رحمه الله
سنة له قوله صلى الله عليه وسلم اذا اراد ان يضحي فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي
الوجوب وقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث كتبت علي ولم يكتب عليكم الوتر والاضحية وصلوة الضحى وقوله صلى الله عليه وسلم
ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم عليه السلام ولانها لا تجب على المسافر فلا تجب على المقيم كالعتيرة وهذا لانه لا فرق بين
المسافر والمقيم في العبادات المالية كالزكوة وصدقة الفطر لانهما يستويان في ملك المال وانما يفترقان

في البدني كالمسافر يلحقها المشقة في الاداء بالبدن بخلاف ما قال اصحابنا قوله صلى الله عليه وسلم من وجد
سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا والحاق مثل هذا الوعيد لا يكون الا بترك الواجب وقوله صلى الله عليه وسلم
من ضحى قبل الصلوة فليعد اضحيته والامر يفيد الوجوب وقوله ضحوا دليلنا لانه امر يفيد الوجوب
قوله فانها سنة اسلم لا ينافي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت او غير واجبة ومعنى غير
مكتوبة بل هي واجبة فالمكتوب ما يكون فرضا يكفر جاحده وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخصوصا
بكون الاضحية مكتوبة عليه ولان هذه قربة تضاف اليها وقتها فيقال يوم الاضحى فيكون واجبة فيه
كالجمعة وهذا لان الاضافة تدل على الاختصاص وذا بالوجود فيه وانما يوجد ظاهرا اذا كانت
واجبة فيه لان الوجوب يفضي الى الوجود بالنظر الى جنس المكلفين لجواز ان يجتمعوا على ترك الواجب
ولا يصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه فالصوم يجوز في سائر الشهور والمسمى بصوم الشهر رمضان
وانما لا يجب على المسافر لان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استصحابها في السفر ويفوت بمضي الوقت
فلا يلزمه المسقط لا يلزمه كالجمعة بخلاف سائر العبادات المالية وجاز ان يكون المراد بالارادة فيما روي القصد
الذي هو ضد السهو فكان معنى قوله عليه السلام من اراد ان يضحي اي من قصد التضحية التي هي واجبة كقوله من
اراد منكم الجمعة فليغتسل لا التخيير لانه غير مخير اجماعا وهذا لا ينافي الوجوب والعشيرة منسوخة بالاجماع
وهي ذبيحة يذبح في رجب كانت في صدر الاسلام ولا دليل على نسخ الاضحية قوله الاضحية واجبة يحتمل
ان يراد بها تضحية الاضحية على حذف المضاف كقوله تعالى الحج اشهر معلومات اذ الافعال توصف
بالوجوب ويحتمل ان يراد حقيقتها اذ الاعيان توصف بالحرمة فتوصف بالوجوب ايضا وقيل سبب الاضحية
الرأس وقيل الوقت كما مر وقيد بالحرية لانها قربة مالية مفتقرة الى الملك والاسلام لانها قربة الا من المسلم
والاقامة واليسار لما مر الان قوله وهو ظاهر الرواية والفتوى على ظاهر الرواية كذا في فتاوى قاضي خان
قوله ولا يجوز عن ثمانية بناء على ان تعذر الشيوع يمنع النقصان فلا تعارضه منح الزيادة كيلا يخلو عن الفائدة
قوله ولو اقتسموا جزافا لا يجوز بناء على ان القسمة بمعنى التمليك فلم يجد ذلك لمجازفة عند وجود الجنس
والوزن ولا يجوز التحليل لانه في معنى الهبة وهبة المشاع فيما ينقسم لا يجوز قوله والاشتراك هذه
صفته اي الشيء بطريق الحلول قوله ويكره الاشتراك الشركي لما بينا اراد به قوله لانه اعدها للقربة فيمنع
عن بيعها قوله وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفي الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام اراد به
قوله صلى الله عليه وسلم من ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه وهو بعمومه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده
قوله اجزاه استحسانا قيد به لانه لا يجزيه قياسا وذلك لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار
جانب اهل المسجد يجوز ذلك في العبادات يوجد بالاحتياط قوله وقيل هو جائز قياسا واستحسانا وقوله
اشارة الى العكس يعني لو ضحى بعد ما صلى اهل الجبانة يجوز قياسا واستحسانا وان لم يصل اهل المسجد في العرف

منهما فلو ان المسنون في العيد الخروج الى الجبانة واهل الجبانة هم الاصول وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا
ولو كانت البلدة بلدة لا يصلى فيها صلوة العيد اما لعدم السلطان او لعلة الفتنة فانهم يضحون
في اليوم الاول بعد الزوال لان في محل ذلك الصلوة مرجوة وان فاتت الصلوة اما سهوا او عمدا جاز لهم التضحية
في اليوم الاول بعد وان خرج الامام الى الصلوة من الغد او بعد الغد لان بعد الزوال فات الوقت المسنون والصلوة
في الثاني والثالث على وجه القضاء قوله وهي جائزة في ثلثة ايام يوم الاضحى وهو العاشر من ذي الحجة والحادي عشر
والثاني عشر فيدخل وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه يشترط تقديم الصلوة على التضحية في حق اهل الامصار
قوله ويجوز الذبح في لياليها اي في ليالي ايام النحر اراد به ليلتان متوسطتان لا غير فلا يدخل الليلة الاولى
وهو ليلة العاشر من ذي الحجة ولا الليلة الرابعة من يوم النحر قوله من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع
واجبة وهو على ظاهر الرواية او سنة اي على غير الظاهر قوله كالجمعة يقضي بعد فواتها ظهرا والجامع بينهما
من حيث ان القضاء وجب عليه بجنس غير جنس الاداء قوله ولا العمياء الى آخره لما ذكر ما يجوز به الاضحية
شرع في بيان ما لا يجوز به الاضحية والاصل في هذا ان العيب الفاحش مانع لقوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه
تنفقون واليسير من العيب مانع لان الحيوان قلما ينجو من العيب اليسير واليسير ما لا اثر له في لحمها قوله والتي
الخ ومنه نهى ان يضحى بالعجفاء التي لا تنقي اي ليس لها مخ لشدة عجفها قوله ويروى عنه الربع يعني اذا كان الذاهب
الربع لا يجوز لان للربع حكم الكمال قوله ويروى الثلث يعني اذا كان الذاهب الثلث لا يجوز وان كان اقل من الثلث
يجوز بناء على ان النبي صلى الله عليه وسلم سمى الثلث كثيرا قوله وقيل معناه قولي قريب من قولك اي قولي الذي هو
القول الاول وهو الاكثر من الثلث مانع ما دونه كان اقرب الى قوله ابي يوسف الذي هو ان الاكثر من النصف
اذا بقي اجزاء بالنسبة الى قول من يقول ان الربع او الثلث مانع قوله ولو ضلت او سرقت الى آخره اي الموسر يجب
احديهما وعلى الفقير ذبحهما لان الوجوب على الفقير بالشرى وهو قد تعدد فيتعدد الوجوب والوجوب على
الغني بايجاب الشرع عنه والشرع لم يوجب الا اضحية واحدة قوله وقالت الورثة اي الكبار منهم قوله لانه تبرع
بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت قوله جاز ان يوكل غنيا وهذا الذي ذكره في اضحية الغني بدون النذر
اما في الاضحية المنذورة سواء كانت من الغني او الفقير فليس لصاحبها ان ياكل ولا يوكل الغني لان سبيلها التصدق
قوله والاطعام معطوف على قوله الاكل والادخار اي الجهات الثلث لان الاصل ثبت بالحديث والثالثة وهي الاطعام
بالكتاب القانع السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل قوله كما في الصوف اي كما يكره
الانتفاع بصوفها وهذا لان اللبن يتولد من عينها وقد جعلها للقربة فلا ينصرف شيء منها الى منفعته قبل ان يبلغ
محلها ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد لما عرف قوله والافضل ان يذبح اضحيته بيده وان امر غيره لم يضره لما روي
انه عليه السلام ساق مائة بدنة فنحر منها بيده نيفا وستين واعطى الحربة عليا رضي الله عنه فنحر الباقي ولان الذبح عبادة
فكان مباشرته بنفسه افضل فانه يعرفك بآداب الحديث وتمام الحديث اما انه يجاء بدمها ولحمها فيجعل

في بيرانكم وسبعون صحفا فقال ابو سعيد الخدري رضي الله عنه اهذا لآل محمد خاصة ام لآل محمد والمسلمين فقال صلى الله عليه وسلم لاهل محمد خاصة والمسلمين عامة **قوله** ويكره ان يبدل بها غيرها اي بها اذا كان غنيا **قوله** فصار كما لو باع اضحيته يعني لو باع اضحيته واشترى بثمنها غيره انقص من الاول يتصدق بما فضل على الناسه ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر يتصدق بثمنها كله **قوله** ومن ابدل لحم اضحيته غيره هذا متصل بما قبله يعني عند سلامتهما عن التحليل كان كل واحد منهما مسلما لحم اضحيته صاحبه ومن ابدل لحم اضحيته غيره كان لصاحب اللحم ان يضمن المبدل قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة فكذلك ههنا **قوله** كان الحكم ما ذكرنا اراد به وان ساء حاكل منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه

مسائل الاصل

ان دم الشكر يتادى بالاراقة كالاضحية ودم المتعة والقران لانهما الواجب دون التصدق ولهذا يحل له اكله وان يوكله غنيا ولا يضمن بتفويته الا اذا اعتاض عنه فيضمن ويجب التصدق بقيمته لان الشرع حرم التمول فاذا اعتاض ضمن ودم الجبر لا يتادى بالاراقة كدم الحلق والاحصار وجزاء الصيد ويجب عليه التصدق لا يحل اكله وان يوكله غنيا ويضمن بتفويته وان فات لا يصنعه لا يضمن رجل وهب لرجل شاة او بدنة فقبضها وعينها للاضحية او متعة او جزاء صيد او احصار او عينها وقلدها للتطوع فللواهب ان يرجع فيها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف انه ليس له ان يرجع لانه لما جعله لله تعالى ابطل ملكه بنفسه والتحق بالمسجد والوقف وجه ظاهر الرواية ان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله وذا لا يمنع رجوع الواهب وكذا لو ذبح الموهوب له شيء من هذه الدماء فللواهب ان يرجع فيها عندهما خلافا لابي يوسف لان الذبح نقصان والنقصان لا يمنع الرجوع واذا رجع لم يبطل ما حصل من القربة حتى حصلت بالاراقة ثم ان كان ذبحها للتطوع او للقران او للمتعة او للاضحية لا يلزمه شيء لان الواجب عليه هنا الاراقة دون التصدق وقد وجدت فلا يلزمه شيء آخر وان كان لجزاء الصيد او لدم الاحصار او الحلق يضمن قيمتها لان الواجب بهذه الاشياء الاراقة والتصدق ولو سرق منه او احترق ما لا يضمن لانه فات لا بصنعه فلم يوجد سبب الضمان مريض عليه دين محيط بماله ووهب بدنة لرجل ليس له مال غيرها فنحرها الموهوب له ليس ما ذكرنا ثم مات الواهب فانه ينقض الهبة لان هبة المريض وصية ولا وصية مع الدين والغريم بالخيار ان شاء ضمنه القيمة وترك المذبوح عليه وتمت القربة لحصول البراءة عن القيمة ورد المذبوح وان لم يمكن عليه فللورثة ان يضمنوه قيمة الثلثين ان شاءوا واجازوا القربة وان شاؤوا اخذوا ثلثي المذبوح وضمنوه نقصان الربح ويتصدق الموهوب له بثلثي قيمة المذبوح اشترى شاة فعينها للاضحية وجب عليه وان كان معسرا الا الزامه فان تصدق بها حية في ايام النحر فعليه اخرى مكانها لان الواجب هو الاراقة ولم يوجد والمفوت هو يضمن مثلها وان لم يشتر حتى خرج وقت النحر يتصدق بقيمتها ولو نقصت الشاة حتى خرج وقته يتصدق بها حية لان الاراقة لم تتقرر لخروج ايامها ولم يحل الذبح الا انه يتصدق ويضمن النقصان وان ذبحها حتى جاء العام القابل فذبحها لم يجز عنه لانه تحول الوجوب من الاراقة الى التصدق

باب الكراهية

او وجه الكراهة بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحد منهما لم يخلو من اصل وفرع يرد فيه الكراهة الا ترى ان في وقت الاضحية من ليالي النحر وفي التصرف في الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن وفي العامة غيره مقامه كما في ذبح الكتابي وغيرها من المسائل كيف تحقق الكراهة وفي كتاب الكراهة ايضا كذلك **قوله** الا انه لما لم يحدوه نصا قاطعا فيه اشارة الى ان للحكم تقسيمات فان الخطاب اما ان يقتضي الفعل جازما كالامر بالصلوة وهو الايجاب او غير جازم كالامر بفعل الخير وهو الندب او الترك جازما كالا تقتل النفس الا به وهو التحريم او غير جازم كالامر بحمل الدواب كراسي وهو الكراهة واما لا يقتضيهما كاذا حللتم فاصطادوا وهو التخيير والاباحة **قوله** يشمل اي على سه فصول اللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه اي فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما فلا بد من حرر هذه الزيادة والا يلزم نقضا على هذا الاصل لبن الخيل على قول ابي حنيفة رضي الله عنه وفي رواية هذا الكتاب يحل شرب لبنه حلالا اذ لا باس به واكل لحمه محرم مع ان لبن الخيل متولد من لحمه ايضا فلم ياخذ لبنه حكم لحمه لما ان المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن وكان شربه مما لا باس به كذلك **قوله** وانما يجرجر في بطنه نار جهنم هكذا محفوظا من الثقات بنصب الراء في النار ومعناه يرددها من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته **قوله** وعن حذيفة انه نزل عند دهقان بالمدائن فاتاه بانية فلم يفعل وقال نهانا النبي صلى الله عليه وسلم ثم تلا به في المقام الآخر فعدم الله سرا اناء في اناء فضة ايضا فكره حذيفة على راسه **قوله** لانه في معناه اي لان الادهان من آنية الذهب في معنى الشرب منها لان كل واحد منهما استعمال للذهب والمحرم هو الاستعمال فيكون صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الراس اما اذا ادخل يده واخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكره **قوله** وسعة اكله اصله ان خبر الكافر في المعاملات مقبول بالاجماع لصدوره عن عقل ودين مانع من الكذب ولمساس الحاجة الحاصلة لكثرة المعاملات ولكونه من اهل الشهادة في الجملة ولانه لا يمكنه المحتسب في دارنا الا بالمعاملات ولا يقدر على المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فيقبل قوله ضرورة **قوله** ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد اي ان يجعل الحر المولى عبده ماذونا في التجارة **قوله** لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء **قوله** على مذهبه انه يجوز القضاء به فان المستور في هذا الحكم كالعدل عنده وهو والفاسق سواء وهو الاصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري الشهادة وقد سقط اعتبار العدد فيعتبر العدالة **قوله** وصل فيها اي في الديانات **قوله** العبد والحر والامة لانه في امور الدين خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وهذا يلزمه بنفسه ثم يتعدى منه الى غيره فلا يكون هذا من باب الولاية على الغير وبالرق يخرج من ان يكون اهلا للولاية فاما ما فيه الزام يستوي العبد والحر لكونه مخاطبا ورواية النساء من الصحابة كانت مقبولة كرواية الرجال قال صلى الله عليه وسلم انكم تاخذون ثلثي دينكم من عائشة رضي الله عنها كذا في المبسوط **قوله**

لما قلنا اشارة الى قوله اما التحري مجرد ظن وكان فيه احتمال الخطأ **قوله** ومنها اي من الديانات الحل والحرمة
اذا لم يكن زوال الملك اي يقبل خبر الواحد العدل في الحل والحرمة اذا لم يكن ما اخبره بالحرمة متضمنا زوال
الملك واما اذا تضمنه فلا يقبل اما الذي يتضمنه فكما اذا اخبر رجل عدل او امراة للزوجين بانهما ارتضعا
من امراة واحدة حيث لا تقبل في اثبات هذه الحرمة اخبار مخبر حتى يشهد رجلان او رجل وامراتان في الحكم لان
ثبوت هذه الحرمة متضمن زوال الملك فلا يقبل فيه خبر الواحد واما الاخبار بالحرمة الذي لا يتضمن زوال الملك
فمثل الاخبار بحرمة الطعام والشراب حيث يقبل فيه خبره وفي فتاوى قاضي خان رجل تزوج امراة فاخبره
مسلم ثقة رجل او امراة انهما ارتضعا من امراة واحدة قال في الكتاب احب الي ان يتنزه بان يطلقها ويعطيها
نصف المهر ان لم يكن دخل بها ولا تثبت الحرمة عندنا ما لم يشهد به رجلان او رجل وامراتان وعلى قول الشافعي
تثبت حرمة الرضاع بشهادة الاربع من النساء فاما تنزه احتياطا لمكان حرمة الوطي يطلقها كيلا تبقى
معلقة وان لم يطلقها ولم يتنزه وسعه ذلك لان النكاح لا يبطل بهذه الشهادة فلو ان مسلما اشترى لحما
وقبضه فاخبره مسلم ثقة انه ذبيحة المجوسي للمشتري ان ياكل ويطعم غيره لان المخبر اخبره بحرمة العين وبطلان صح
الملك وحرمة العين حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد واما بطلان الملك فلا يثبت وليس من ضرورة ثبوت الحرمة
بطلان الملك فيثبت الحرمة مع بقاء الملك على خلاف ما تقدم لان بقاء النكاح لا يتصور مع ثبوت الحرمة المؤبدة فاذا
لم يبطل النكاح بخبر الواحد لا تثبت الحرمة واذا ثبتت الحرمة مع بقاء ملك اليمين ههنا لا يمكنه الرد على بائعه
قوله لترجح جانب الكذب بالتحري فان قلت ينبغي ان يتيمم ايضا احتياطا للتعارض بين الخبرين كما في سؤر الحمار
يجمع بين التوضي والتيمم لتعارض الادلة قلت النص حكم بالتوقف في باب الناسخ والامر بالتيمم هنا عمل بخبره
من وجه فكان خلافا للنص ولما ثبت التوقف في خبره بقي اصل الطهارة للماء فلا حاجة الى ضم التيمم اليه وحصل
بهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا وان اخبر بنجاسة الماء ذمي او صبي لا يعمل بخبره ويتوضا
لان ما اخبر به لا يلزمهما فيقتصر عليهما مقصودا فكان من باب الالزام وليس لهما ولاية الالزام **قوله** كصلوة
الجنازة فان قلت كيف قاس السنة على الواجب في الواجب لو لم يترك لفوته لما اقترن به من المعصية لا يلزم
ان لا يترك السنة بسبب ما اقترن به من المعصية لضعفها قلت نعم كذلك الا ان هذه سنة ورد الوعيد
على تاركها وقوله صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة الحديث فكانت هذه السنة في قوة الواجب فصح الحكم
فيهما على وفاق ما ثبت في الواجب بطريق الدلالة **قوله** ودلت اي المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني
بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون وقال ابن مسعود رضي الله عنه
ان صوت اللهو والغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت النبات بالماء وقال مشايخنا استماع القران بالالحان
معصية والتالي والسامع آثمان وروى الصدر الشهيد في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر انما قال ذلك على وجه التشديد

فصل في اللبس

لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يرد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول
وقدم هذا لان الاحتياج الى اللبس اشد منه الى الوطي وغيره **قوله** هذان حرامان اي هذان جنسان حرامان
فيما عنه بطريق العبارة وفي غيره من جنسه بطريق الدلالة **قوله** والمكفوف بالحرير يعني بالذي بزيادة حرير
قوله لنا العمومات وهي ما ذكر من قوله عليه السلام نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له
في الاخرة وما روي عن عمر رضي الله عنه انه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع
بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا فقال لاني ارى عليكم ثياب اهل النار ولابي حنيفة رضي الله عنه
ما روي انه صلعم جلس على مرفقة حرير وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه كان على بساطه مرفقة حرير
عن انس رضي الله عنه انه جلس على مرفقة حرير وكذا عن الحسن والا انا اجمعنا ان القليل من الملبوس حلال
وهو الاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع انه انموذج ليعلم الاخرة ترغيبا فيما في الاخرة ليقصدوا
اعلم ان الخز اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء والديباج اسم لثوب سداه ولحمته ابريسم وقيل
اسم للمنقش والتوسد جعل الثوب وسادة قال في الصحاح وسدته الشيء فتوسده اذا جعله تحت راسه فان
قلت ان الجلوس على كرسي الفضة لا يحل ولا يحل افتراشه وقد حل القليل منه وهو لبس الخاتم قلت ما اطلقنا
القليل الا ليكون انموذجا فاذا انقلب مقصودا بقي حراما كالكثير وهذا لان الحرير لباس اهل الجنة قال تعالى ولباسهم
فيها حرير فوجب اطلاق القليل منه وهو العلم والقليل حل لبسه وهو الافتراش ليكون انموذجا اي ذلك الكثير
الكامل فاما الفضة فلا يكون لباسا في الدار الاخرة وانما يكون منها الكراسي ونحوها فلو اطلقناه لصار عينها
مطلقا وغير الشيء لا يصلح انموذجا النموذج بالفتح والانموذج بالضم **قوله** وقد انقلبت الفضة ومتى لادنى
لان استعمال الفضة للرجال اهون حتى جاز له التختم بالفضة دون الذهب **قوله** وكذا المسح لها
الوضوء اي يكره ايضا ذكر بعض المشايخ المتاخرين لان المسلمين استعملوا هذا في عامة البلدان مناديل
الوضوء والعرق لرفع الاذى عن الثياب حاصله ان من يحمل منديلا لكبر فهو مكروه ومن فعل ذلك
لحاجة ضرورة لم يكره ونظيره التربع في الجلوس والاتكاء فان فعله تكبرا او نحوه يكره وان فعله لحاجة وضرورة
فلا يكره **قوله** والرتم والرتيمة خيط التذكرة يعقد بالاصبع ولانه لو كره فانما يكون عبثا وقد يتعلق به غرض
صحيح وهو التذكر عند النسيان فلا يكون عبثا

فصل في الوطي والنظر والمس

اعلم ان مسائل النظر
اربعة اقسام نظر الرجل الى المراة ونظر الرجل الى الرجل ونظر المراة الى الرجل ونظر المراة الى المراة والقسم الاول
اربعة اقسام نظر الرجل الى زوجته ومملوكته والى ذوات محارمه والى اماء الغير والى الحرة الاجنبية وهذه
الاقسام مذكورة في المتن **قوله** ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى
ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم اي موضعهما وهو
الوجه والكف وكذا الزينة المذكورة موضعها اطلاقا لاسم الحال على المحل فيهما وانما قيد بقول علي وابن عباس

لان عائشة رضي الله عنها تقول المراد من قوله ما ظهر احدى عينيها ولانها تحتاج الى ابداء وجهها في المعاملة مع الرجال والى ابداء كفيها في الاخذ والاعطاء ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع وعن ابي يوسف رحمه الله انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانها في الخبز والطبخ وغسل الثياب تضطر الى ابداء ذراعيها وهذا اذا لم يكن النظر عن شهوة فان كان يعلم انه ان اشتهى لم يحل النظر الى شيء منها لقوله صلى الله عليه وسلم من نظر الى محاسن اجنبية الحديث محاسن جمع الحسن على غير قياس **قوله** فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعني لو كانت الثانية عن شهوة **قوله** او كان اكبر رأيه ذلك اي الاشتهاء احتياطا **قوله** للحاجة الى احياء حقوق الناس بالقضاء واداء الشهادة والضرورة تبيح المحظورات **قوله** وان علم ان يشتهيها لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للمغيرة اذا اردت ان تتزوج امرأة ابصرها فانه احرى ان يودم بينكما وعن محمد بن سلمة رحمه الله انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا القى الله خطبة امرأة في قلب رجل احل له النظر اليها ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة فيعتبر ما هو المقصود لا ما يكون تبعا **قوله** لان نظر الجنس الى الجنس اخف الا ترى ان المرأة تغسل المرأة بعد موتها دون الرجل فان لم يجدوا امرأة تداوي المرأة ولم يعدوا امرأة تعلم ذلك يخافوا ان تهلك او يصيبها بلاء او وجع لا تتحمل فلا بأس ان يستر منها كل شيء سوى موضع المرض ثم يداوي الرجل ويغض بصره ما استطاع الا عن ذلك الموضع لان نظر الجنس الى غير الجنس اغلظ وكان المعتبر تحقق الضرورة وذلك بخوف الهلاك عليها وعند ذلك لا يباح الا بقدر ما يندفع به الضرورة وضار كنظر الخافضة اي ختانة النساء والختان اي ختان الرجال فان قلت لما كان الرجل ينظر من محارمه الى مواضع الزينة ينبغي ان ينظر الى ظهرها وبطنها ايضا لان ظهرها موضع العرامل كما في مواضع الزينة قلت ينظر الى العرامل لكن لا ينظر الى ظهورها بدون حائل بخلاف سائر المواضع لان امر العرامل على خلاف سائر الحلي لان العرامل لا يقع الا فوق الملابس فيجوز النظر الى الثوب الواقع على الظهر والبطن للاحاطة فضلا عن هواء الا اذا كان يصف لونه فحينئذ لا يحل النظر اليه فلا يحل النظر الى العرامل الواقع عليه **قوله** لوجود المعنى وهما الضرورة وقلة الرغبة **قوله** فيه اي في المحرم وهذا اشارة الى ما ذكر بقوله فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا قلة الرغبة والشهوة للمحرمية المؤبدة **قوله** لا تسافر المرأة فوق ثلاثة ايام وكلمة فوق ههنا صلة فان حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة ايام ايضا كما في قوله تعالى فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ **قوله** وفي المحارم مجرد الحاجة اعتبر نفس الحاجة لا الضرورة **قوله** ولا بأس بان يمس ذلك اي مواضع التي يجوز النظر اليها **قوله** الخصي مثله تعالى الخصاء اي نزع خصيتيه **قوله** وكذا المخنث في الردي من الافعال بتشديد النون والرديء وهو ان يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث

الذي في اعضائه لين وفي لسانه تكسر باصل الخلقة ولا يشتهي النساء **قوله** ويؤخذ بحكم كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ **قوله** والطفل الصغير يستثنى بالنص وهو قوله تعالى قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ الى قوله أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ **قوله** والمراد بالنص اي بقوله تعالى أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ الاماء دون الغلمان فكان الغلمان مخاطبين بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلذلك لم يجز للمملوك ان ينظر الى سيدته فان قلت لا يصح حمل ما ملكت ايمانهن على الاماء لوجهين احدهما ان اباحة نظر الاماء الى سيداتهن استفيدت من قوله تعالى ملك ايمانهن او نسائهن ثم لو حملت هذه الآية على الاماء يلزم تكرار محض والثاني ان الامام لو لم يكن مراده من قوله تعالى او نسائهن وجب ان لا يكون مراده من قوله او ما ملكت ايمانهن ايضا وذلك لان منشأ الحكم انما يكون في موضع الاشكال لا يشكل لاحد ان الاماء ينظرن الى ساداتهن للاحتياج الى الملك ان لم يرد توسعة حتى ان لا يرد نصا قلت اما الوجه الاول قلنا ليس كذلك فان المراد من قوله تعالى او نسائهن الحرائر المسلمات لانه ليس للمؤمنة ان تتجرد بين يدي مشركة او كتابية كذا عن ابن عباس رضي الله عنه والظاهر انه عني بنسائهن من في صحبتهن من الحرائر والنساء كلهن سواء في حل نظر بعضهن الى بعض والمراد من او ما ملكت ايمانهن الاماء قال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير رضي الله عنهما لا يغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور والموضع موضع اشكال لان حال الامة تعرف بحال الرجال حتى تسافر بغير محرم فاشكل انه يباح لها التكشف بين يدي امتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله او نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء

فصل في الاستبراء وغيره

اخر الاستبراء عن مطلق الوطء لان الاستبراء احتراز عن وطء مقيد فالمقيد بمنزلة المركب والمطلق بمنزلة المفرد والمركب مؤخر عن المفرد **قوله** والاصل فيه الى اخره اعلم ان الحديث وان ورد في المسبية لكن السبب حدوث الملك واليد لانه الموجود في المنصوص عليه وهذا لان الاستبراء حقيقة التعرف عن براءة الرحم كيلا يختلط ماؤه بماء الغير اذ لو وطئها قبل ان يعرف براءة رحمها فجاءت بولد فلا يدري انه منه او من غيره فوجب التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك لانه عند الاشتباه لا يدعي الولد فيهلك لعدم من يقوم لتربيته وسقط توهم شغل الرحم وحقيقة الشغل لان الصيانة انما تجب في مثل هذا الموضع وتوهم الشغل من غير الواطئ انما يسقط لعدم سلك الغير في المحل وانما تجب على المشتري لا على البائع كما قال مالك رحمه الله لان العلة الحقيقية ارادة الوطء فانه اذا اراد الوطء وجب عليه ان لا في محل فارغ يجب عليه التعرف عن براءة الرحم لئلا يصير ساقيا ماءه زرع غيره والمشتري هو الذي يريد دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة الوطء لا يوقف عليها فاقيم التمكن مقام ارادة الوطء وذا انما يتحقق بالملك واليد ما الملك يطلق له الفعل واليد يقدر على الوطء وادير الحكم عليه تيسيرا ويتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء وغيره **قوله** وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي بان كان عبدا ابوه

اومن امراة او مملوك او ممن لا يحل له وطؤها بالمحرمية او برضاع او اشتراها وهي بكر لوجود العلة الموجبة
والشرط وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه الاستبراء لانه
لتبين فراغ الرحم وهو حاصل في هذه الصور كما في المطلقة قبل الدخول لا تجب العدة ولنا ان هذه حكمة
الاستبراء والحكم متعلق بالعلة لا بالحكمة لبطونها فيسير اللام على الناس فان قلت لا بد من توهم الشغل
قلت توهم الشغل ثابت اذ المعتبر التوهم سواء كان من المالك او من غيره وكذا في البكر التوهم ثابت
لان الشغل يتصور بدون زوال العذرة ولا يجتزى بالحيضة التي اشتراها في اثنائها لان الواجب
عليه الحيضة التي استبراها في اثنائها لان الواجب عليه الحيضة وهي اسم للكاملة وعن ابي يوسف
كما طهرت من هذه الحيضة فله ان يطاها لتيقن فراغ الرحم ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء وغيره
من اسباب الملك قبل القبض خلافا لابي يوسف له ان تيقن فراغ رحمها يحصل بحيضة وجدت في يد البائع
كما يحصل بحيضة توجد في يد المشتري ولنا انها وجدت قبل علتها اذ هي تحصل بالملك واليد فلا تعتبر
ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض ولا بالحيضة التي توجد قبل الاجازة في بيع الفضولي وان
كانت في يد المشتري بالحاصل بعد القبض في الشراء قبل ان يشتريها شراء صحيحا ويجب ايضا للمشتري
فيها تنقص في ملك الثاني بوجه من الوجوه لان حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فيكون بعد ملكه
جميع رقبتها وملك بعض الرقبة بمنزلة بعض العلة وثبوت الحكم عند تمام العلة فتصور قوله
لو اشتراها من رجل لا يحل له وطؤها بان اشترى جارية من تابع ورثها من ابيه الذي استمتع بها
او اشتراها من تابع كانت الجارية اختا له من الرضاع قوله لانعدام السبب وهو استحداث
الملك واليد ولا يقال هذا استدلال بعدم الحكم لعدم العلة وهو فاسد لما عرف في الاصول لان السبب متى كان
مدار الحكم علة وجودا وعدما وانما فسد اذا لم يتعين فصار هكذا كتعليل محمد رحمه الله في ولد المغصوب
قوله ولها نظائر كثيرة مثل ما اذا كانت امته ثم عجزت وردت في الرق لا يلزم الاستبراء وكذا لو باع
جارية على انه بالخيار ثلثة ايام وسلم الى المشتري ثم استردها من المشتري قبل الوطي وان استردها بعد
الوطي يلزمه الاستبراء وهذا الذي ذكر في الاباق فيما اذا ابقت ولم تخرج من دار الاسلام اما لو دخلت
دار الحرب ثم اخرجت الى دار الاسلام بغنيمة او شرى واخذها المولى قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يجب
عليه الاستبراء خلافا لصاحبيه كذا في فتاوى قاضي خان قوله واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم
الوطي حرم الدواعي لافضائها اليه وهذا عندنا وقال بعض الفقهاء لا تحرم لان النص ورد في الوطي
وهو معلول بخوف الخلط بماء غيره وسقي زرع غيره بمائه وذلك معدوم في الدواعي فلم يتعد التحريم
اليه لان الدواعي لا تحرم في المسبية وهو المنصوص الاصل في الباب وهذه فرعه فاستحال ان يخالف الفرع
اصله ولنا ان الدواعي في معنى الوطي فوجب الحاقها به كما في الظهار وهذا لان الوطي انما حرم لاحتمال

الوقوع في غير الملك بان يكون قد حبلت من المالك الاول فيصير ساقيا زرع غيره ولانه بسبيل انه وطي
ام ولد غيره وهذا المعنى في الدواعي موجود لانها ان كانت حاملا من المالك فادعى الولد فصارت
ام ولده فيظهر ان الدواعي حصلت في ملك غيره وذلك حرام قوله وضع لما ذكرنا ولان العدة الحمل صح
تنقضي بوضع الحمل فلان تنقضي به مدة الاستبراء اولى قوله وفي ذوات الاشهر يعني لو كانت الجارية
لا تحيض من صغر او كبر فاستبراؤها شهر لان الشهر قائم مقام الحيض في العدة فكذا في الاستبراء واذا
حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل
كالمعتدة بالاشهر اذا حاضت وان ارتفع حيضها بان صارت ممتدة الطهر وهي ممن تحيض تركها حتى
اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها [illegible] تقدير في ظاهر الرواية الا ان مشائخنا قالوا يستبرئها بشهرين
او ثلثة اشهر وكان محمد يقول يستبرئها باربعة اشهر وعشرة ايام اعتبارا باكثر مدة العدة وهي عدة الوفاة
في الحرة ثم رجع وقال يستبرئها بشهرين وخمسة ايام والفتوى عليه لانه حتى صلحت هذه المدة للتعرف عن شغل
يتوهم بالنكاح في الاماء فلان يصلح للتعرف عن شغل يتوهم بملك اليمين وهو دونه اولى وعن زفر رحمه الله يستبرئها
بحولين وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه لانه اكثر مدة بقاء الولد في البطن وقيل يستبرئها بتسعة اشهر
مدة الحمل في النساء عادة وعن ابي يوسف رضي الله عنه انه قدره بثلثة اشهر قوله ولا باس بالاحتيال لاسقاط
الاستبراء عند ابي يوسف رضي الله عنه لانه يمتنع من التزام حكم مخافة ان لا يتمكن من الوفاء به اذا التزمه وقال
محمد رحمه الله يكره لان الفرار من الاحكام الشرعية ليس من اخلاق المؤمن فيكره له التشبه بسبب الفرار
وهو نظير الشفعة وقد مرت والماخوذ قول ابي يوسف رضي الله عنه فيما اذا علم ان البائع لم يقربها
في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها قوله ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفينا على ان الحرمة قبل
الاستبراء انما ثبتت للشبهة بالام فانما ثبت على الوجه الذي ثبت في الام ثم التقبيل والمس حرام في الام
فكذا في من يشبهها بالام لان الاصل حرمة الدواعي عند حرمة الوطي لانها تفضي اليه وسبب الحرام حرام كما
في الاعتكاف والاحرام بخلاف حالة الحيض والصوم حيث لا تحرم الدواعي فيهما وانما تركنا هذا الاصل فيهما
بالنص فقد روي انه صلى الله عليه وسلم كان يقبل بعض نسائه وهو صائم ويعانق نساءه وهن حيض
قالت ام سلمة كنت في فراش النبي صلى الله عليه وسلم فحضت فانسللت من الفراش فقال ما لك انفست
قلت نعم قال ائتزري وعودي الى مضجعك فجعلت فعانقني طول الليل ولان الحيض يتكرر في كل شهر
وقد يطول فلو حرم الدواعي والصوم فرضه تمد شهرا ونفله تمد الدهر فلو حرم الدواعي هنا لفضي الى
الحرج لانهم يتحرزون عن الامساك عن الدواعي اما الظهار فانه يكون في وقت وكذا الاحرام يكون في وقت
خاص وكذا الاعتكاف فلو حرمت الدواعي لم يقعوا في الحرج قوله ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة
فانه يجامع واحدة منهما فقد يقول قبلهما لانه اذا لم يقبلهما اصلا كان له ان يقبل ويطأ ايهما شاء سواء

اسرائيهما معا او على التعاقب فان اسلم احدهما منها كان له ان يطاها المعتقة دون الاخرى اما اذا قبلهما فالحكم
ما ذكر في المتن مقيد بقوله بشهوة لانه لو قبلهما بغير شهوة صار كانه لم يقبلهما اصلا **قوله** حتى يملك
فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها والاصل ان الجمع بين الاختين لا يجوز وطئا وعقدا لاطلاق قوله تعالى
وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ والمراد به الجمع بينهما عقدا او وطئا لانه معطوف على قوله تعالى
حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ والمراد تحريم العقد والوطي بالاجماع والمعطوف يشارك المعطوف عليه في حكمه فيجب
ان يكون المراد من المعطوف هذا تحقيقا لقضية العطف وعن علي كرم الله وجهه سئل عن تحريم الجمع بين الاختين
وطئا فقال احلتهما اية اي قوله تعالى أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وحرمتهما اية اي قوله وان تجمعوا بين الاختين فالتحريم
اولى **قوله** وكل امراتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا ان كانت احديهما عمة الاخرى او خالتها بمنزلة الاختين
فيما ذكرنا **قوله** قال ابو يوسف رحمه الله لا باس بالتقبيل والمعانقة لان النبي صلى الله عليه وسلم عانق لا باس صح
جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه وذلك عند فتح خيبر فقال النبي صلى الله عليه وسلم يفعلون
ذلك وكان الاعراب يقبلون اطراف النبي صلى الله عليه وسلم ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حديث انس قال قلنا
يا رسول الله ايحني بعضنا لبعض فقال لا فقلنا ايعانق بعضنا بعضا قال لا فقلنا ايصافح بعضنا بعضا
قال نعم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن المكامعة وهي المضاجعة والمعانقة وعن المكاعمة وهي
التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم والشيخ ابو منصور الماتريدي رحمه الله وفق بين الاحاديث فقال المكروه
ما كان على وجه الشهوة فاما على وجه البر والكرامة فجائز وانما الخلاف فيهما اذا لم يكن عليهما غير ازار اما اذا
كان عليه قميص او جبة فلا باس به بالاجماع وهو الصحيح ورخص بعض المتاخرين تقبيل يد العالم او المتورع
على سبيل التبرك وعن سفيان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا رخص فيه وما يفعلون من تقبيل
الارض بين يدي العالم فحرام والفاعل والراضي به اثمان لانه يشبه عبادة الوثن وذكر الصدر الشهيد انه لا يكفر
بهذا السجود لانه يريد به التحية دون العبادة وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله السجود لغير الله
على وجه التعظيم كفر **قوله** ولا باس بالمصافحة للحديث المذكور في المتن ولانها سنة قديمة متوارثة وقال
صلى الله عليه وسلم ما من مسلمين يلتقيان ويتصافحان الا غفر لهما قبل ان يتفرقا واما القيام لتعظيم الغير
فعن الشيخ ابي القاسم الحكيم انه اذا دخل عليه احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم
فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم لتضرروا ولا يطمع الفقراء
وطلبة العلم مني ذلك وانما يطمعون مني جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام
كذا في الجامع للامام المحبوبي رحمه الله

فصل في البيع

اخر البيع عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطي
لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا فما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم من غيره **قوله** ويكره
بيع العذرة وهي رجيع الادمي وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فلم يكن مالا ولم يجز بيعه

كالعذرة وجلد الميتة قبل الدبغ ولنا انه مال فيجوز بيعه وهذا لان المال اسم لما ينتفع به وقد تناول المسلمون
السرقين وانتفعوا به فانهم يلقونه في الاراضي لاستكثار الريع من غير نكير من احد من السلف بخلاف العذرة
لان العادة في الانتفاع بها لم توجد وانما ينتفع بها مخلوطة برماد او تراب غالب عليها بالالقاء في الاراضي
والمخلوطة مال متقوم فيجوز بيعه والانتفاع به في الصحيح وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا باس بالانتفاع
بالعذرة الخالصة **قوله** قول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان اي لو كان فاسقا او كافرا
او عبدا ماموراكان في مسئلة من ارسل اجيره المجوسي **قوله** وان كان اكبر رايه انه كاذب لا يسعه ان يتعرض
بشيء من ذلك لان اكبر الراي يقام مقام اليقين قال صلى الله عليه وسلم لوابصة بن معبد ضع يدك على صدرك
واستفت قلبك فما حاك في صدرك فدعه وان افتاك الناس به **قوله** وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره
صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او وهبها له او اشتراها منه لان اقراره للمملوك للغير حجة في حق
المقر شرعا فهذا في حق السامع بمنزلة ما لو علم بملك الغير بان عاينه في يده فان كان المخبر ثقة صدقه فيما
اخبر به وكذا ان كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق فيه صدقه ايضا وان كان اكبر رايه انه كاذب
لم يتعرض لشيء منه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء لكن عرفها للاول لم يشترها وان كان ذو اليد فاسقا لان اليد
دليل الملك شرعا والفاسق والعدل في هذا سواء حتى لو نازعه غيره فالقول له فيجعل المرء في يده ان يشهد له
بالملك ولا يعتبر باكبر الراي عند وجود الدليل الظاهر كما لا عبرة بالقياس عند وجود النص الا ان يكون مثله
لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه عنه ولا يشتريه وذلك كدرة راها في يد فقير لا يملك شيئا او راى
كتابا في يد جاهل لم يكن في ابائه من اهل العلم فحينئذ كل احد انه سارق لذلك العين فكان التنزه عن شرائه
افضل ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لانه اعتمد دليلا شرعيا وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة
لم يسع له ان يشتريها حتى يسأله لانه عالم انها لغيره واليد في حق المملوك ليس بطريق للتصرف لوجود الرق المنافي للملك
ما لم يوجد الاذن فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة فلا باس بالشرى منه وان كان غير ثقة فان كان اكبر رايه
انه صادق فيما قال صدقه وان كان اكبر رايه انه كاذب او لم يكن له راي يشتريها لان العاجز عن التصرف ظاهر
فلا يكون له ان يتصرف فيه بمجرد خبره ما لم يترجح جانب الصدق فيه بنوع دليل ولم يوجد ولهذا كان شيخنا الامام
شمس الائمة الحلواني رحمه الله يقول الصبي اذا اتى بقالا يطلب منه شيئا يشتري منه واخبر ان امه امرته بذلك بان طلب
الصابون ونحوه فلا باس ببيعه منه وان طلب الزبيب وما ياكله الصبيان عادة ينبغي ان لا يبيعه منه لان
الظاهر انه كاذب فيما يقول وقد طمع على فلوس امه يريد ان يشتري بها حاجة نفسه **قوله** ولو ان امراة اخبرها
ثقة الى قوله فلا باس بان تعتد وتتزوج وهذا في الاخبار واما في الشهادة فلا يصح وان كان الشاهد اثنين حتى
لا يقضي القاضي بما اخبر لانه قضاء على الغائب ولو كان الزوج حاضرا يقبل الشهادة وان لم يوجد دعوى المراة
بطريق الحسبة **قوله** بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته

حتى يقبل قول الواحد فيه لأن القاطع طارئ والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فالحاصل أن العمل
خبر الواحد في موضع المنازعة لحاجتنا إلى الإلزام وقبلناه في موضع المسالمة لحاجته قوله ما بعد إرادته
قوله لو قالت جارية كنت جارية لفلان فأعتقني وقالت امرأة لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس
بأن يتزوجها لأن القاطع طارئ قوله ويكره الاحتكار إلى آخره اعلم أن الكلام في الاحتكار في ستة مواضع الأول
في تفسيره لغة وهو افتعال من حكر أي حبس والحكر الشيء أي حبسه فاحتكار الطعام حبسه مترقبا للغلاء
والثاني في بيان محل الاحتكار وهو الحنطة والشعير والتبن وما هو من أقوات الآدميين والدواب الثالث في كيفية
الاحتكار فما اشتراه الرجل من مدينة المسلمين ويحبسه عنهم فهو حرام لأن ما حضر المدينة يتعلق حق العامة فإذا
أراد واحد أن يختص به فقد قصد إبطال حق العامة فيمنع منه فأما ما جلبه من أرضه وحبسه فلا بأس به والرابع
في بيان المدة وقد قالوا إذا احتكر الاحتكار بأيام قلت مدة الامتناع من البيع أو كثرت لأن الإثم للإضرار وقد وجد ولا
يحرم ما لم تطل المدة لأن التعزير عند ظهار الخيانة وذلك بعد المدة الكثيرة واختلفوا في تلك المدة على ما ذكر في المتن
والخامس أن يؤمر بالبيع ولا يجوز التسعير على ما يجيء والسادس في بيان العقوبة المتعلقة به فقد قال مشايخنا
إن القاضي إذا رفع إليه هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله والأصل في كراهة الاحتكار قوله عليه السلام
الجالب مرزوق والمحتكر ملعون وقوله صلى الله عليه وسلم من احتكر على الناس طعاما رماه الله بالجذام والإفلاس وفي رواية من احتكر
الطعام أربعين يوما يطلب التحكط فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله تعالى منه صرفا ولا عدلا
فالصرف النفل والعدل الفرض ولأن حق العامة قد تعلق في ما جلب إلى المصر فالمحتكر يريد إبطال حقهم وتضييق
الأمر عليهم فيكره إذا كان يضرهم بأن كان البلد صغيرا بخلاف ما إذا لم يضر بأن كان البلد كبيرا لأنه حبس ملكه
ولم يضر لغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل وصورة التلقي أن يخرج من البلد إلى القافلة التي جاءت
بالطعام واشتراها خارج البلد وهو يريد حبسها ويمتنع عن بيعها ولم يترك حتى يدخل القافلة البلد
والأصل في كراهيته نهيه صلى الله عليه وسلم عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا إذا لم يلبس
المتلقي سعر البلد على التجار فإن لبس فهو مكروه في الوجهين أي في الإضرار وعدم الإضرار لأنه غادر بهم
ثم الاحتكار المنهي في الأشياء التي هي قوت الناس والبهائم كالبر والشعير والعنب والتمر والتبن والقت قول
أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وعليه الفتوى وقال أبو يوسف كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان
ذهبا أو فضة أو ثوبا فاعتبر الضرر أينما وجد وإن لم يكن معهودا وهما اعتبرا الضرر المعتاد الغالب ثم المدة
إذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر وإن طالت يكون احتكارا مكروها لوجود الضرر والفاصل أربعون
يوما للحديث وقيل الشهر لأنه كثير آجل وما دونه قليل عاجل لما عرف في الأيمان والسلم قوله وقيل المدة
للمعاقبة في الدنيا لأن الخيانة لا تظهر عند قصور المدة فلا يعاقب وإذا امتدت المدة ظهرت الخيانة فيعاقب فأما في حكم
الإثم فلا يشترط الامتداد فيأثم وإن قلت المدة لتحقق الضرر قوله ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس

لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسعروا الحديث وروي أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تسعر
يا رسول الله قال بل أدعو ثم قال آخر سعر يا رسول الله فقال بل الله يخفض ويرفع وإني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد
منكم عندي مظلمة ولأن الثمن حق البائع فكان إليه تقديره ولا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع الضرر
العام بأن يبيع قفيزا بمائة درهم وهو يشتري بخمسين فيمنع منه دفعا للضرر عن المسلمين وقال مالك رحمه الله
يلزم التسعير عام الغلاء نظرا للعامة وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت
أهله على اعتبار السعة في ذلك وقوت أهله وينهاه عن الاحتكار ويزجره عنه فإن رفع إليه مرة أخرى
وهو مصر على عادته وعظه وهدده فإن رفع مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى حتى يمتنع عن سوء عمله
لأنه ارتكب ما لا يحل ليس فيه حد مقدر فيعزر قوله لأنه لا يرى الحجر على الحر وفي إبطال بيعه نوع حجر
عليه وكذا عندهما لأنه حجر على مجهولين فلا يصح إلا أن يكون بأعيانهم قوله ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة
ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لكونه تسببا إلى الفتنة وتقوية لها والفتنة نائمة لعن الله من أيقظها
قوله لا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا لأنه يصلح لأمور شتى فصار القصد إلى الفساد إلى اختياره وهو
بعينه ليس بآلة الفساد وإنما يكون بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لأن عينه آلة الشر بلا تغير
قوله لأنه إعانة على المعصية وقد قال الله تعالى وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ
قوله ومن حمل خمر الذمي فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يكره وعلى هذا الخلاف إذا استأجر
من مسلم دابة أو سفينة ليحمل عليها خمرا أو استأجره ليرعى له خنازير لهما أن النبي صلى الله عليه وسلم لعن
في الخمر عشرا وعد منها حاملها ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن عين فعله ليس بمعصية وليس بسبب لها وإنما المعصية
يحصل من بعد بفعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل لأن الشرب يوجد بدون الحمل ولا الحمل من ضرورة
الشرب لأن الحمل يوجد للإراقة وللصب في الخل للتخلل فلم يكن المعصية من لوازم الحمل بل المعصية يحصل
باختيار الفاعل فلم يوجب كراهة الحمل فصار كما لو استأجره لعصر العنب أو القطف قوله ولا بأس
ببيع بيوت مكة وهذا بالإجماع لأنها مملوك حر بنيانها ألا ترى لو بنى على أرض الوقف جاز بيعه هذا كذلك
ويجوز بيع أرضها عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه لأن
الأراضي لها أربابها لظهور الاختصاص شرعا بها وقوله صلى الله عليه وسلم وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على
أن عقار مكة في عرضة التملك والتمليك وقد تعارف الناس بيع الأراضي والدور بمكة من غير نكير منكر ولأبي حنيفة
ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال إن الله تعالى حرم مكة فحرام بيع رباعها وأكل ثمنها وروى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال مكة مباح لا تباع رباعها ولا تؤجر بيوتها ولأنه موضع الحرم وقف الخليل صلوات الله عليه قوله ويكره وضع عند
الفعال حرمة معنى المسجد يعطل حرمتهم يخاف لو كان في يده بملك أو تصرف الحاجة لكن حاجته إلى المعاملة مع
الفعال أيسر من غيرها كما في سرى السوابح الملحد والكدرة ليس له فلو سرحتى يسترى بها ما يستحق له من الحاجة

كل ساعة فيعطي الدرهم البقال لان ما يأخذه منه ما يحتاج اليه مما ذكرنا بحسابه حتى استوفى ما يقابل الدرهم وهذا الفعل منه مكروه لان حاصل هذا الفعل اجع الى قرض جر منفعة وهو مكروه وانما ذلك لانه لما وضع الدرهم عنده لهذا المقصود كان هو معرضا اياه درهما لوجود مقابل الدرهم وانعدام ما يقابله في الحال مع شرطان يأخذ منه ما شاء حالا فحالا في الزمان الثاني وهو غني المقرض فكان للمقرض فيه نفع ولكن **مسائل متفرقة** قال والاولى ان ما سالا بد للمحرم من دلالة فنا المحسر يحفظ الامن ما لم يحفظ الاعراب وكان احسن **قوله** وقد ذكرناه ابح كتاب الصلوة **قوله** وقال الشافعي رحمه الله يكره ذلك في المسجد الحرام لقوله تعالى إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا ولان الكفار لا يتطهرون بالجنابات ولان الكافر لا يخلو عن الجنابة فوجب تنزه المساجد عنه وعند مالك رحمه الله يكره في كل مسجد لعموم العلة وهي النجاسة لان المساجد تنزه عن النجاسة ولنا ما روي ان ثمامة دخل مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في حال كفره وانزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار وضرب لهم خيمة فقالت الصحابة هم قوم انجاس فقال النبي صلى الله عليه وسلم ليس على الارض من انجاسهم شيء انما انجاسهم على انفسهم وهذا لان النجاسة في اعتقادهم فلا تفضي الى تنجيس المسجد والاية محمول على منعهم لئن يدخلوها طائفين عراة او مستولين على اهل الاسلام مستعلين حسب المدبر والعمار لعمارة المسجد لان قبل الفتح كانت الولاية والاستعلاء لهم ولم سوغ لك بعد الفتح **قوله** وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم عاد يهوديا مرض جواره فقال صلى الله عليه وسلم لاصحابه قوموا بنا نعود جارنا اليهودي فجاءه وقعد عند رأسه وقال له قل لا اله الا الله وان محمدا رسول الله فنظر المريض الى ابيه فقال له ابوه اجبه فاجابه واشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ثم مات فقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي انقذ بي نسمة من النار ولان العيادة شرعت برا ومواصلة ولا بأس ببر اهل الكتاب قال لا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ الاية ويكره ان يبداء الكافر بالسلام ولا يكره رد الجواب ولكن لا يزيد على قوله وعليكم وان كان للمسلم حاجة اليه فلا بأس بالسلام عليه **قوله** ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسالك بمعقد العز من عرشك وللمسئلة عبارتان هذه ومقعد العز ولا شك في كراهة الثانية لانه من القعود وهو التمكن على العرش وهو قول المجسمة وهو قول باطل وكذا الاولى يكره لانه يوهم تعلق العز بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به **قوله** وجد الاعلى اي عظمتك الاعلى **قوله** ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فهو حرام بالاجماع لانه ميسر وهو اسم لكل قمار وقد قال الله تعالى إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ الاية وتواترت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمها وعليه اجماع المسلمين وان خلا عن القمار فهو حرام ايضا لانه عبث وقد قال الله تعالى أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا وقال النبي صلى الله عليه وسلم كل لعب ابن آدم باطل الحديث واباح الشافعي رحمه الله الشطرنج لان فيه تشحيذ الخاطر وتذكية الافهام قال شهاب الدين

محمد الصعلوكي رئيس اصحاب الشافعي رحمه الله اذا سلمت الاموال من الخسران والصلوة من النسيان واللسان من الهذيان فهو ادب بين الخلان ولنا الحديث المذكور في المتن ومر ابن عمر رضي الله عنه بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون ولانه لعب يصد صاحبه عن الجمع والجماعات وعن ذكر الله تعالى فيكون تبلوها وانما منفعة تحصل به نافعة والعبرة للغالب في التحريم الا ترى الى قوله تعالى وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا فاعتبر الغالب في التحريم وهل رايت صاحب شطرنج يصلي فضلا عن الجماعة وان صلى فقلبه متعلق به فهو باحد اعانة الشيطان على الاسلام والمسلمين ثم ان قامر بالشطرنج سقطت عدالته وردت شهادته وان لم يقامر به فكان سهوا ولا فيه فعلى شهادته ونقصت عدالته ولم ير ابو حنيفة رضي الله عنه بالسلام عليهم باسا ليشغلهم عما هم فيه وكره ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تحقيرا لهم حسب عن درجة التسليم وروي ان عليا كرم الله وجهه مر بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم فقيل له في ذلك فقال كيف اسلم على قوم يعكفون على الاصنام وروي انه ضرب بذلك على رؤوسهم **قوله** لقطة لا ابن له اعلم ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه لما كان نفعا محضا كان يحقق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه احق **قوله** ونوع آخر ما كان من ضرورات حال الصغار وهو شرى ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الصغار وذلك جائز ممن يعوله الى الذي والملتقط فان قيل هذه الرواية مناقضة للرواية التي بعدها وهي قوله ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره حيث لم يجوز هناك اجارة الملتقط اللقيط واجاز هنا وهو ظاهر التناقض فما وجهه قلت له وجوه احدها ان كل واحدة من هاتين الروايتين محمول على حالة فجواز اجارة الملتقط محمول على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها محمول على ما اذا لم يكن فيه ضرورة دفعا للتناقض والثاني ان كل واحدة منهما رواية فانه ذكر في كل واحد من الملتقط والام رواية جواب الاجارة في الجامع الصغير للامام التمرتاشي وذكر في القدوري للملتقط ان يسلمه في صناعة ويؤاجره والثالث ان يعني قوله واجارة الصغار تسليمهم في الصناعة حتى يكون من جنس ما لا بد منه للصغار وليتأتى التوفيق بين الروايتين فبعضهم غير والفظ الكتاب بقوله واجارة الاظآر والاول اصح لانه موافق لرواية الجامع الصغير للامام المحتاط في لفظه فخر الاسلام البزدوي في وجه دفع التناقض ما ذكرنا **قوله** ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية وهو طوق الحديد يسمى الساجور عظيم يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة وهو حرام لانه محدث وشر الامور محدثاتها قال النبي صلى الله عليه وسلم كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار ولانه عقوبة الكفار فيكره كالاحراق بالنار قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله **قوله** ولا بأس بالحقنة للتداوي اصل ان استعمال الدواء جائز قال صلى الله عليه وسلم تداووا فان الله ما خلق داء الا وضع له دواء الا السام والهرم وقد تواترت به السنة وانعقد عليه الاجماع ولا يجوز استعمال المحرم في الحقنة كالخمر ونحوها لان التداوي بالمحرم حرام والمذهب عند اهل السنة والجماعة ان التوكل المأمور به بعد كسب الاسباب التوكل بعده على خالق الاسباب

اسقطهم مع

دون الاسباب في المهذب يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوي اذا اخبره طبيب مسلم ان شفاه
فيه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه وان قال الطبيب يتعجل شفاءك به فيه وجهان وهل يجوز شرب العليل من الخمر
للتداوي فيه وجهان ذكره في الجامع الصغير للامام التمرتاشي وذكره في الذخيرة وما قاله الصدر الشهيد
فان الاستشفاء بالحرام حرام غير مجرى على اطلاقه وان الاستشفاء بالمحرم انما لا يجوز اذا لم يعلم فيه شفاء اما اذا
علم ان فيه شفاء فليس له دواء آخر غيره يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله لم يجعل
شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان يريد عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغني بالحلال **قوله** ولا بأس
برزق القاضي اعلم ان هذا على وجهين اما ان يكون شرطا ومعاقدة كعقد الاجارة او يكون كفايته ومؤنته كالنفقة
اما الاول فحرام لان القضاء اعظم الطاعات فاذا بطل الاستئجار على سائر الطاعات فعلى هذه احق ولهذا لا ينفذ
القضاء بالرشوة وان كان لا ينعزل بالفسق والفجور والارتشاء عندنا خلافا للمعتزلة واما الثاني فلا بأس به
للحديث المذكور في المتن وكذا فرض النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ وكان ابو بكر وعمر رضي الله عنهما يأخذان
كفايتهما من بيت المال وعلى ذلك اجماع الامة ولانه محبوس بحقوق المسلمين والحبس من اسباب النفقة كما في النكاح
والعدة والوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة فيكون نفقة القاضي في مال المسلمين وهو مال بيت المال
وهذا اذا كان مال بيت المال حلالا جمع بحق فان كان حراما جمع بباطل لم يحل اخذه لان سبيل الحرام والغصب رده
على اهله وليس ذلك مال عامة المسلمين ثم اعلموا ان القاضي اذا كان محتاجا فالافضل له بل الواجب عليه ان يأخذ
رزقه وكفايته لانه لا يتوصل الى اقامة ما عليه الا بذلك اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامة ما عليه
فلما كان القضاء فرضا عليه افترض عليه ما لا يتوصل الا به وان كان غنيا فكان بعضهم اخذه حلالا لان الغني
لا يقوم للنفقة الدارة مع الشغل عن الكسب وتركه افضل رفعا لبيت المال والاصح ان يأخذه افضل صيانة
للحكم من ان يهون عند الامراء ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين

باب احياء الموات

اعلم ان الموات ارض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه وما اشبه ذلك بان صارت
سبخة مما يمنع الزراعة سمي به لبطلان الانتفاع به تشبيها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به **قوله**
فما كان منها عاديا اي قديم خرابه في عهد عاد لا ما كان لعاد لان جميع الموات لم يكن لعاد والمراد جميع ارض
الموات يكنى عما تقدم بعاد لان عادا كان في قديم الايام **قوله** اذا وقف انسان اي انسان جهوري الصوت
من اقصى العامر اراد به عمران السوق فصاح لم يسمع الصوت فهو موات قال القاضي فخر الدين رحمه الله
واصح ما قيل فيه ان يقف الرجل على طرف عمران القرية فينادي باعلى صوته فالى اي موضع ينتهي صوته
يكون من فناء العمران لان اهل القرية يحتاجون الى ذلك الموضع لرعي المواشي وغيره وما وراء ذلك يكون من الموات
اذا لم يعرف لها مالك ولا يبعد عن القرية على ما شرطه ابو يوسف رحمه الله لان الظاهر ان ارتفاق اهلها عنها ينقطع
اذا كان قريبا وعند محمد رحمه الله يعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية

وهذا لانه صلى الله عليه وسلم ذكر الميتة على الاطلاق فالمطلق ينصرف الى الكامل في المسمى والكامل منه ما لا
يكون مملوكا لمسلم او ذمي كما قال في المتن فالحاصل ان عند ابي يوسف رحمه الله بعد الحكم على القرب والبعد وعند
محمد رحمه الله بعد الحكم على حقيقة الارتفاق وشمس الائمة السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رحمه الله
قوله ومن احياه الى قوله وقالا يملكه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اذن في ذلك ملكها من احياها
حيث قال صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مباح سبقت يده اليه فكان احق به كما لو احتطب
او احتش او اصطاد او وجد معدنا او ركازا في موضع لا حق لاحد فيه وله قوله صلى الله عليه وسلم ليس للمرء الا ما
طابت نفس امامه وما روياه محمول على انه اذن لقوم مخصوص لا انه نصب لشرع كما مر في قوله عليه السلام من قتل
قتيلا فله سلبه ولان هذه الاراضي كانت في ايدي الكفرة ثم صارت في يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فما لكها
لهذه الصفة لا يختص بشيء منه بغير اذن الامام كالغنائم **قوله** فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فالثاني
احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لان الاول ملكها بالاحياء لانه صلى الله عليه وسلم قال فهي له واللام
للملك والملك لا يزول بتركه **قوله** حتى الاستيلاء على اصلنا يعني ما كان من اسباب الملك يستوي فيه الكافر
والمسلم حتى ان استيلاء الكافر على مال المسلم سبب للملك على اصلنا كاستيلائنا على اموالهم **قوله** ومن حجر
ارضا ولم يعمرها ثلث سنين الى قوله ولان التحجير ليس باحياء في الصحيح ليملكه به لان الاحياء ان يجعلها صالحة
للزراعة والتحجير للاعلام مشتق من الحجر المنع فان من اعلم في موضع من الموات علامة فكأنه منع الغير من احياء
ذلك الموضع فبقي غير مملوك كما كان وانما قدر بثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق لانه
اذا اعلمه يحتاج الى ان يرجع الى وطنه ويهيئ اسبابه ثم يرجع الى ذلك الموضع فيحييه فجعل له من المدة للرجوع الى
وطنه سنة والان دار الاسلام من اولها الى اقصاها تقطع في سنة فلعله انما يحجر في اقصى طرف دار الاسلام
وبلده في الطرف الاخر من دار الاسلام ولاصلاح اموره في وطنه سنة وللرجوع الى ذلك الموضع سنة فلا ينبغي ان يشغل
باحياء ذلك الموضع غيره الى ثلث سنين ولكن ينتظره ليرجع وبعد مضي هذه المدة الظاهر انه قد بدا له انه لا يريد
الرجوع اليها فيجوز لغيره احياؤها وهذا من طريق الديانة فاما في الحكم اذا احياها انسان قبل مضي هذه المدة فهي
له لتحقق احيائه منه دون الاول فصار كالاستيام فانه يكره ولكنه لو فعل صح العقد ثم التحجير قد يكون بوضع الاحجار
عليه وقد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من
الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئرها
ذراعا او ذراعين قال صلى الله عليه وسلم حفر بئرا مقدار ذراع فهو محجر ولو كربها او ضرب عليها المسناة او شق
لها نهرا فهو احياء كذا ذكر في المبسوط وذكر في المنتقى كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احياء ولو فعل
احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين
وان حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها **قوله** ولا يجوز احياء ما قرب من العامر

وترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم ليحقق حاجتهم اليها حقيقة عند محمد او دليلا عند ابي يوسف
فصار كالنهر والطريق قوله لا يجوز ان يقطع الامام هذا لانه لما اشتغل به حاجة الناس كالملاحة
والابار التي يستقي الناس منها لا يجوز قطع منفعتهم بالاقطاع من اجل ذلك لا يجوز احياء ما تعلق به حق
العامة كما في النهر والطريق قوله ومن حفر بئرا في برية باذن الامام عنده او بغير اذنه عندهما فله
حريمها لانه يحفر البئر احياء فان كان للعطن وهي التي ينزح الماء منها باليد فحريمها اربعون ذراعا لقوله صلى
من حفر بئرا فله ما حولها اربعون ذراعا ولان حافر البئر لا يمكنه الانتفاع ببئره الا بما حولها فانه يحتاج الى
ان يقف على شفير البئر ليستقي الماء والى ان يبني على شفير البئر ما يركب عليه البكرة والى ان يبني موضعا
يجتمع فيه الماء والى موضع يقف فيه مواشيه عند الشرب والى موضع تنام فيه مواشيه بعد الشرب
فاستحق الحريم لذلك وقدره الشرع باربعين ثم قيل اربعون ذراعا من الجوانب الاربعة من كل جانب عشر
اذرع لان ظاهر اللفظ يعمم جوانبها الاربعة والصحيح ان المراد به اربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود
دفع الضرر عن صاحب البئر الاول كيلا يحفر احد في حريمه بئرا اخرى فيتحول اليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع
بعشرة اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف صلابة ورخاوة فربما يجيء آخر ويحفر بئرا اخرى بقربه ويتحول
ماء البئر الاول اليه فيتعطل عليه منفعة بئره وفي مقدار اربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا
الضرر يقينا قوله وان كانت للناضح وهي التي ينزح الماء منها بالبعير فكذلك عند ابي حنيفة رح
اربعون ذراعا وعندهما حريمها ستون ذراعا لقوله صلى الله عليه وسلم وحريم العين خمسمائة ذراع وحريم
بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة صاحب
بئر الناضح اكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح ليستقي الماء من البئر وقد يطول الرشاء وفي بئر العطن
انما يستقي بيده فعليه الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه ولا فصل فيه بين الناضح فهو عليهما ومن اصله
ان العام المتفق على قبوله والعمل به يترجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله ما اخرجت
الارض ففيه العشر على قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة وعلى قوله ليس في الخضروات صدقة
ورجح اصحابنا قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل على خبر العرايا ولان استحقاق الحريم ثبت بالنص
بخلاف القياس لان الاستحقاق باعتبار عمله وعمله في موضع البئر خاصة فكان ينبغي ان لا يستحق شيئا من الحريم
ولكنا تركنا هذا القياس بالنص فيقدر بما اتفق عليه الاثار لثبت الاستحقاق وما زاد على ذلك مما اختلف فيه الاثر
عملنا بالقياس ولم نثبت الاستحقاق بالشك ولانه قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت
الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة وحريم العين خمسمائة ذراع لما رويناه
ولانه يحتاج فيها الى زيادة المسافة اذ العين انما تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن موضع يجتمع
فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى المزارع فلهذا قدر بالزيادة والتوقيف ورد بخمسمائة فاتبعناه اذ لا مدخل للرأي

في المقادير وعند بعضهم خمسمائة من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا والاصح انه
خمسمائة ذراع من كل جانب والذراع هو المكسرة وهو ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر
منه قبضة قوله فمن اراد ان يحفر في حريمها منع من الحفر لما ذكرنا ان حريم البئر صار مملوكا لصاحب البئر ضرورة
تمكنه من الانتفاع بها فكان الثاني متعديا بتصرفه في ملكه قوله وذكر طريق معرفة التقصير ادب القاضي
للخصاف رحمه الله قوله وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى عرف
ان ذهابه بحفر الثاني فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيما صنع والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فليس له ان
يخاصم في تحويل ماء بئره والى بئر الثاني كالتاجر اذا كان له حانوت فاتخذ آخر بجنبه حانوتا يعمل مثل التجارة فكسدت
تجارة الاول بذلك لم يكن له ان يخاصم الثاني قوله وبه ورد الحديث وقد صح ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة
فجاء آخر وطلب ان يغرس شجرة اخرى بجنبها فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له من الحريم خمسة اذرع
واطلق الاخر فيما وراء ذلك قوله ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رضي الله عنه
الا ان يقيم البينة على ذلك قالا له مسناة يمشي عليها ويلقي عليها طينه واصل هذه المسألة ان من حفر
نهرا في ارض موات باذن الامام في موضع لا حق لاحد فيه لا يستحق له حريما عنده وعندهما يستحق له حريما من
الجانبين لان استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج اليه كصاحب البئر والعين وهذا لانه يحتاج الى
المشي على حافتي النهر ليجري الماء في النهر اذا احتبس بشيء وقع في النهر اذ لا يمكنه المشي في وسط النهر وكذا
يحتاج الى موضع يلقي عليه الطين عند الكري لما في النقل الى مكان بعيد من الحرج ما لا يخفى وله ان استحقاق الحريم
فيهما بالنص بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناهما من كل وجه والنهر ليس في معناهما لان الحاجة متحقق
في الحال وهنا الحاجة موهومة باعتبار الكري وقد يحتاج الى ذلك وقد لا يحتاج والانتفاع بالماء يمكن بدون
الحريم وهنا ممكن لانه يلحقه في ذلك بعض الحرج في نقل الطين او المشي في وسط النهر فاخذ بالقياس اصل
القياس الا ترى ان من بنى قصرا في مفازة لا يستحق بذلك حريما وان كان يحتاج الى ذلك لالقاء الكناسة فيه لعدم
ورود النص فاذا ثبت اصلهما ان صاحب النهر يستحق الحريم فعند المنازعة الظاهر شاهد له وعنده
لما لم يستحق للنهر حريما فالظاهر شاهد لصاحب الارض لما نذكره والوجه لهما في هذه المسألة على سبيل الابتداء
ان القول قول المدعي عند المنازعة وصاحب النهر يستعمل حريم النهر استمساكا للماء في النهر والقاء الطين
عليه فالاستعمال يدفعه باعتبار انه في يده فجعل القول قوله كما لو تنازعا في ثوب احدهما لابسه ولهما ان الحريم اشبه
بالارض صورة لاستوائهما ومعنى لصلاحيتهما للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كما
لو تنازعا في مصراعي باب في يد احدهما والمصراع الاخر معلق على باب احدهما يقضي لمن في يده ما هو اشبه بالمتنازع
فيه والقضاء في موضع النزاع قضاء ترك اعلم ان القضاء على نوعين قضاء ترك وقضاء استحقاق والفرق
بينهما انه في قضاء الاستحقاق اذا ادعى ثالث واقام البينة لا يسمع بينته الا اذا التقى منه لما مر في الدعوى

بخلاف مضاد الترك فانه يقبل بدون التلقي منه ولا منازعة فيما لم استمسك الماء انما المنازعة فيما وراء
ما يصلح للغرس على انه ان كان صاحب النهر يستمسك الماء بتربته فصاحب الارض يدفع الماء بالحريم عن ارضه
فقد استويا في استعمال الحريم وترجح صاحب الارض من الوجه الذي قررناه ولكن ليس له ان يهدم لان
لصاحب النهر حق استمساك الماء في نهره به فلا يكون لصاحب الارض ان يبطل حقه بهدمه كالحائط
وان كان مملوكا له رعاية لحق صاحب الجذوع **قوله** فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف وهو ان يكون
الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك
فصاحب الشغل اولى بالاجماع لانه صاحب يد وثمرة الخلاف تظهر في موضعين احدهما انه اذا كان على
المسناة اشجار لرب الارض عنده وعندهما لرب النهر

فصل في مسائل الشرب

الشرب بالكسر الحظ
من الماء وفي عرف الفقهاء هو عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للمزارع والدواب **قوله** ثم اعلم
ان المياه انواع الاول ماء البحار ولكل الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري منها
نهرا الى ارضه لم يمنع من ذلك لان الانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهوا والطرق العامة
فان الماء ليس لاحد فيه حق على الخصوص فان في ذلك الموضع غير داخل تحت قهر احد لان الماء يمنع قهر غيره
فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلث الماء
والكلاء والنار اما الماء فلانه صار موجودا بايجاد الله تعالى في مكانه فبقي على الاباحة حتى يحرز فاذا
احرزه وجعله في وعائه صار احق به وجاز كالصيد يصير مملوكا بالاستيلاء واما الكلاء فهو الحشيش
الذي ينبت من غير ان ينبته احد فلا يملكه صاحبه بكونه في ارضه فان قطعه غيره واحرزه ملكه فصار احق به
واما النار فمعنى اثبات الشركة فيها الانتفاع بضوئها والاصطلاء وليس لمن اوقدها ان يمنع غيره
من الاقتباس منها فاما من اراد ان ياخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك لانه ملك صاحبه لا يحوز لاحد
اخذه الا باذنه والثاني ماء الاودية العظام كجيحون نهر ترمذ وسيحون نهر الترك ودجلة
بغير حرف التعريف نهر بغداد والفرات نهر الكوفة فللناس فيه حق الشفة على الاطلاق وسقي الاراضي
بان احيا ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد لكونها
مباحة في الاصل فقهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فلا يكون له ذلك دفعا للضرر عنهم وذلك
ان يميل الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا اذا نصب الرحى عليه
فسقي النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم كالانهار المملوكة والابار والعيون
لحق الشفة ثابت لما روينا فانه يتناول الشرب والشرب خص منه الشرب فبقي الشرب والآن
البئر ونحوها لم يوضع للاحراز والمباح لا يملك بغير الاحراز كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان
الحاجة الى الماء تتجدد في كل وقت ومن سافر لا يمكنه ان يستصحب الماء من طينه لدهانه وابانه

فيحتاج الى احد الماء من الانهار والابار التي يكون على طريقه لنفسه ودوابه ففي المنع من ذلك حرج بين وان
اراد رجل ان يسقي ارضا بذلك احياها فلاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة
فيه وفي اباحة ذلك ابطال منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وهو مملوك له بالاحراز وان انقطع
حق غيره عنه كالصيد الماخوذ ولكن بقيت فيه شبهة الشركة لظاهر ما روينا فيما يسقط بالشبهات
حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع يده **قوله** ولو كان البئر او العين
او الحوض او النهر في ملك رجل فله ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب هذا
الماء في غير ملك احد لانه يتضرر به فان كان لا يجد ذلك يقال لصاحب النهر اما ان تخرج الماء اليه او تتركه
ان ياخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته لان له حق الشفة في الماء الذي في حوضه عند الحاجة وقيل هذا
اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات فليس له منعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء
حق مشترك وهو العشر والخراج فلا يقطع الشركة في الشفة فلو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه ودابته
العطش له ان يقاتله بالسلاح لاثر عمر رضي الله عنه ولانه قصد اتلافه بمنع الشفة وهو حقه لان الماء
في البئر مباح غير مملوك اذا كان الماء محرزا في الاواني فليس للذي يخاف الهلاك من العطش ان يقاتل صاحب الماء
بالسلاح على المنع ولكن يقاتله على ذلك بغير سلاح لانه ملك المحرز ولهذا كان له اخذ ضمانه وكذا الطعام عند
الاصابة المخمصة وبملك البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة
التعزير له **قوله** والشفة اذا كان ياتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا او فيما يرد من الابل والمواشي كثرة
ينقطع الماء بشربها اختلفوا في هذا الفصل قال بعضهم لا يمنع منه لاطلاق ما روينا لانه من الشفة وقال اكثرهم له
ان يمنع لان الشفة ما لا يقطع حق صاحب النهر وهذا يقطع حقه فصار كسقي الاراضي والنخل ولهم ان ياخذوا الماء
منه للوضوء وغسل الثياب في الاصح وقال بعضهم يتوضأ في النهر ويغسل الثياب فيه ولما فيه من الحرج بالمنع
قوله وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بالماء اليه بالجرة له ذلك وقال بعض ائمة بلخ ليس له ذلك
الا باذن صاحب النهر والاول اصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وقد قال صلى الله عليه وسلم
ان الله يحب معالي الامور ويبغض سفسافها اي رديها **قوله** وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر
هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب
بالكلية فلو بقيت لانقطع شرب صاحبه ولانه اذا احتفر نهرا من هذا النهر الى ارضه ينكسر ضفة نهره وليس له
ان يكسر ضفة نهر الغير وكذا في البئر يحتاج الى ان يسوق نهرا من البئر الى ارضه وما حول البئر حق صاحب البئر حريما له
فليس لغيره ان يحدث شيئا من ذلك وكذا اذا كان يريد ان يجري ماءه في هذا النهر مع صاحب النهر ليسقي ارضه
لان النهر ملك خاص لاهل النهر فلا يجوز له ان ينتفع بملك الغير الا باذنه فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به
لان المنع لحقه فاذا رضي به فقد زال المانع

فصل في كري الانهار

اعلم ان الانهار ثلثة نهر غير مملوك

لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ودجلة والنيل فكريه على السلطان ان احتاج اليه من بيت
المال للمسلمين لان ذلك حاجة عامة المسلمين ومال بيت المال معد للصرف الى مصالحهم فان لم يكن
في مال بيت المال شيء فللامام ان يجبر الناس على كريه لانه يصير معطلا وفي تركه ضرر عام والعوام قل
ما يتفقون من غير اجبار وفي نظيره قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم لانه يخرج له من كان
يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما في تجهيز الجيوش ونهر مملوك دخل ماؤه
تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة وهو خاص والفاصل بينهما ان ما يستحق صاحبه
به الشفعة كما مر فهو خاص وما لا يستحق به الشفعة فهو عام فكريهما على اهلهما لا على بيت المال لان المنفعة
تعود اليهم على الخصوص فيكون مؤنة الكري عليهم على الخلوص لان الغرم بالغنم **قوله** ومن ابى منهم في
النهر الثاني يجبر على كريه لان فيه دفع الضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء بتحمل الضرر الخاص مع ان في
مقابلته عوضا **قوله** ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد
الطرق يجبر الآبي منهم لان في تركه الاجبار ههنا تهييج الفتنة وتسكين الفتنة لازم شرعا وان لم يكن فيه
ضرر عام لا يجبر الآبي عليه لان التدبير الى المالك في الملك واذا لم يكن فيه ضرر عام كان له رأي في ذلك من التعجيل
والتأخير وربما لا يتمكن منه في كل وقت ولا يتفرغ لذلك بخلاف الكري فانه يجبر عليه مطلقا اذا طلبه بعض
الشركاء لان حاجة النهر الى الكري في كل وقت معلومة عادة وهم التزموه عادة والذي يأبى الكري يريد قطع منفعة
الماء عن نفسه وعن شركائه وليس له ذلك فلهذا اجبر عليه فاما الانبثاق فموهوم غير معلوم الوقوع فاذا
لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر الممتنع عن ذلك لخوف موهوم وفي النهر الثالث اي النهر الخاص يجبر الآبي على الكري
كما في الثاني لما بينا وقيل لا يجبر لان كل احد من الضررين خاص ههنا ويمكن دفع ضرر الشركاء عنهم بالرجوع على
الآبي بحصة ما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوى جانبان بخلاف النهر الثاني لان حصة ما انفقوا منه
ربما لا يتبين والتقسيم على الجمع العظيم لقلته وكثرته فان قلت في كري النهر الخاص احياء حق اصحاب الشفعة
فيكون في تركه ضرر عام قلت لا جبر لاجل حق الشفعة و**قوله** ولا جبر لحق الشفعة جواب عما يقال الحاق
الضرر الخاص لدفع الضرر العام جائز فوجب ان يجبر الآبي كما في الثاني دفعا للضرر بابطال حق الشفعة وانه عام
فاجاب انه لا جبر لحق الشفعة لان هذا امتناع عن ثبوت الحق لهم كالحيلة في اسقاط حق الشفعة والزكوة
وامتناع المولى عن قبول الهبة للمعتق لا ابطال حق ثابت لهم ولا جبر في ذلك كما اذا امتنعوا جميعا فانهم لا يجبرون
فكذا اذا امتنع واحد منهم كما لو امتنعوا جميعا عن الكري فانه لا يجبرهم الامام على ذلك لانهم امتنعوا عن عمارة
اراضيهم وذروا زرعهم **قوله** وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والاراضي بيانه ان الشركاء
في النهر كانوا عشرة فمؤنة الكري من اول النهر على كل واحد منهم عشرة الى ان يجاوز ارض احدهم فحينئذ يكون
مؤنة الكري على الباقين اتساعا الى ان يجاوز ارضا اخرى ثم يكون على الباقين اثمانا على هذا التفصيل الى آخر النهر

وعندهما المؤنة عليهم اعشارا من اول النهر الى آخره لان لصاحب الاعلى حقا في اسفل النهر لحاجته الى تسييل الفاضل من الماء
فانه اذا سد ذلك فاض الماء على ارضه فافسد زرعه فتبين ان كل واحد منهم ينتفع بالنهر من اوله الى آخره ولهذا
يستحق الشفعة بسيل هذا النهر وحق اهل الاعلى واهل الاسفل في ذلك على السواء فاذا استووا في الغنم يستوون
في الغرم وهو مؤنة الكري بخلاف ما قاله ابو حنيفة رضي الله عنه ان مؤنة الكري على من ينتفع بالنهر بسقي الارض
فيه فاذا جاوز الكري ارض رجل فليس له في كري ما بقي منفعة سقي الارض فلا يلزمه شيء من مؤنة الكري ثم منفعته
في اسفل النهر من حيث اجراء فضل الماء فيه وصاحب المسيل لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع ما يسيل
الماء فيه الا ترى ان من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة سطحه لهذا الحق ثم هو يتمكن من
دفع الضرر عن نفسه بدون كري اسفل النهر بان يسد فوهته النهر من اعلاه اذا استغنى عن الماء وزعم بعض
مشايخنا ان الكري اذا انتهى الى فوهة ارضه من النهر فليس عليه شيء من المؤنة والاصح ان عليه مؤنة الكري الى ان يجاوز
حد ارضه كما اشار اليه في الاصل لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله فهو ينتفع بالكري منفعة سقي
الارض ما لم يجاوز ارضه **قوله** قيل له ذلك لان الكري قد انتهى في حقه حيث سقط عنه مؤنته وقيل ليس له ذلك
ما لم يفرغ شركاؤه من الكري نفيا لاختصاصه بالانتفاع بالماء دون شركائه وللتحرز عن هذا الخلاف جرى الرسم ان
يبتدأ في الكري من اسفل النهر ويترك بعض النهر من اعلاه حتى يفرغ من اسفله **قوله** ولانهم اتباع والمؤنة على
الاصول دون الاتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

قوله وتصح دعوى
الشرب بغير ارض استحسانا والقياس ان لا يصح بناء على ان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة
والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام وجه الاستحسان ان الشرب قد يملك بغير الارض ارثا ووصية وقد يبيع الارض
بدون الشرب فيبقى له الشرب وحده وهو مرغوب فيه فينتفع به فتصح الدعوى فيه **قوله** واذا كان نهر لرجل
يجري في ارض غيره فاراد رب الارض ان لا يجري النهر في ارضه لم يكن له ذلك ويترك على حاله لان موضع النهر
في يد رب النهر لانه مستعمل له باجراء مائه فيه فعند الاختلاف القول له في انه ملكه فان لم يكن في يده بان لم يكن له
علامة من الطين وغيره ولم يكن جاريا فانه البينة ان هذا النهر له فان جاء ببينة قضي له لانه اثبت بالحجة ملكا له
فان لم يكن له بينة على اصل النهر وجاء ببينة انه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه حتى يسقيها منه
قضي له ايضا لانهم شهدوا بحق مستحق في هذا النهر وهو المجرى **قوله** واذا كان نهر بين قوم واختصموا
في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود بالشرب سقي الاراضي والحاجة الى ذلك تختلف بقلة
الاراضي وكثرتها والظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر ارضه وبقدر حاجته **قوله** بخلاف الطريق
اذا اختصم فيه الشركاء فانهم يستوون في ملك رقبة الطريق ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لان المقصود
منه التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة بصفة واحدة بخلاف الشرب **قوله** وان كان الاعلى لا يشرب
حتى يسكر النهر لم يكن له ان يسكر النهر على الاسفل لكنه يشرب بحصته لانه في السكر قطع منفعة الماء عن اهل

الاسفل في بعض المدة ولان في السكر احداث شيء في وسط النهر ورقبة النهر مشترك بينهم فلا يجوز ذلك
لبعض الشركاء بدون اذن الشركاء **قوله** فان تراضوا على ان يسكروا على النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا
على ان يسكر كل واحد منهم في نوبته جاز لان المانع قد زال بتراضيهم ولكن ان امكن من ان يسكر بلوح او باب حقهم صح
فليس له ان يسكر بالطين والتراب لانه ينكبس النهر عادة وفيه اضرار بالشركاء الا ان يتراضوا على ذلك **قوله**
وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى ماء الا برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر المشترك
وشغل ملك مشترك بالبناء الا ان يكون الرحى لا تضر بالماء ولا بالنهر ويكون موضعها في ارض صاحبها فانه يجوز
لان ما احدثه احدثه في خالص ملكه وبسبب الرحى لا ينقص الماء بل ينتفع صاحب الرحى بالماء ويبقى الماء بحاله
ومعنى الضرر بالنهر والماء ما ذكر في المتن ومعنى كون موضعها في ملك صاحبها ان يكون الضفة من الجانبين التي
هي موضع الطاحونة ملكا لصاحب الطاحونة وفي الاوضح وفيه نظر لان بطن النهر اذا كان ملكا لجملة الشركاء
او كان لهم حق اجراء الماء كان هواء النهر ايضا مشتركا ملكا او حقا وكان وضع الطاحونة شغلا لهواء مشترك
قوله ولا يتخذ عليه جسرا وهو اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والالواح **قوله** ولا قنطرة وهي اسم
لما يتخذ من الآجر والحجر ويكون مصنوعا لا يرفع **قوله** بخلاف ما اذا كان لواحد يعني اذا كان نهر خاص لرجل
ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه او يستوثق منه له ذلك لانه تصرف في خالص ملكه وان كان
مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك لعلة او غير علة فان كان لا يزيد ذلك في اخذ الماء فله ذلك لانه يرفع
بناء هو خالص ملكه وان كان يزيد في اخذ الماء منع منه لحق الشركاء **قوله** ويمنع من ان يوسع فم النهر يعني
لو اراد ان يوسع فم النهر منع منه لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على قدر حقه في اخذ الماء اما في الموضع الذي
لا يكون القسمة بالكوى فظاهر وكذا في الموضع الذي يكون بالكوى لانه اذا وسع فم النهر يحبس الماء في ذلك
الموضع فيدخل في كوته اكثر مما يدخل اذا لم يوسع فم النهر وكذا اذا اراد ان يؤخر الكوى عن فم النهر فيجعلها
في اربعة اذرع من فم النهر الى اسفل فليس له ذلك لان الماء يحتبس في ذلك الموضع فيزداد دخول الماء ولو اراد
ان يسفل كواه او يرفعها يكون له في الاصح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار
التسفل والترفع هو العادة فلم يمنع من ان يوسع الكوة ولا يمنع من ان يسفلها او يرفعها لانه ليس فيه
تغيير ما وقعت القسمة عليه **قوله** فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان الاصل لما وجد قديما ترك
على حاله ولا يغير الا بحجة فيبقى الامور محمولا عليها **قوله** بخلاف ما اذا كان الكوى في النهر الاعظم فزاد في ملكه كوة او كوتين
ولا يضر باهل النهر فله ذلك لان الماء في النهر الاعظم لم يدخل في المقاسم بعد فهو على اصل الاباحة كما كان فزيادة
كوة او كوتين في خالص ملكه لا يكون اقوى من شق النهر ابتداء من هذا النهر الاعظم وهو غير ممنوع عنه فهذا
مثله **قوله** وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك النهر شرب فيما مضى
لانه اذا فعل ذلك يتقادم العهد فيدعي لهذه الارض شربا من هذا النهر والاولى يستدل على ذلك بالنهر المعد

لاجراء الماء فيه من ذلك النهر الى هذه الارض **قوله** وهو بمنزلة طريق مشترك بين قوم فاراد احدهم ان يفتح
فيه بابا الى دار اخرى ساكن تلك الدار غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق فهو ممنوع
من ذلك بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لان المار لا يزداد وله حق المرور والتصرف في
خالص ملكه وهو الجدار **قوله** ولو اراد الاعلى من الشريكين بيانه نهر بين رجلين له خمس كوى من النهر
الاعظم واحد الرجلين ارضه في اعلى هذا النهر والآخر ارضه في اسفل النهر فقال صاحب الاعلى اني اريد
ان اسد بعض هذه الكوى لان ماء النهر يكثر فيفيض في ارضي وتنز منه فليس له ذلك لانه يقصد الاضرار
لشريكه بسد بعض الكوى ولانه يجد ذلك بعض منفعته وليس لاحد الشريكين ان يتصرف في المشترك
على وجه يلحق الضرر بشريكه **قوله** وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما يعني لو قال احدهما
اجعل لي نصف الشرب ذلك بنصفه فاذا كانت حصتي سددت منها ما بدا لي وانت في حصتك فتحتها كلها
فليس له ذلك لان القسمة قديمة بينهما بالكوى فلا يكون لاحد ان يطالب بقسمة اخرى والانتفاع بالماء
في القسمة الاولى لكل واحد منهما مستدام لانما يطالب هذا فان تراضيا على ذلك فلهما ما تراضيا عليه
فان قاما على هذا التراضي زمانا ثم بدا لصاحب الاسفل ان ينقض فله ذلك لان كل واحد منهما معير لصاحبه
نصيبه من الشرب وللمعير ان يرجع متى شاء وكذا لورثته بعد موته لانهم خلفاؤه في ذلك وهذا لانه
لا يمكن ما تراضيا عليه مبادلة بان يبيع الشرب بالشرب واجارة الشرب بالشرب باطل لانه بيع الجنس نسيئا
او ماء الغد ليس بموجود في اليوم فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئا ولان معاوضة المال بمال مجهول لا يجوز لجهالة
الشرب والغرر فلان لا يجوز معاوضة الشرب بالشرب اولى **قوله** والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع
بعينه لانه قد يملك بالارث ما لا يملك بسائر اسباب الملك كالقصاص والدين والخمر فانها تملك بالارث
فكذا الشرب والوصية اخت الميراث بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا يجوز للغرر
او للجهالة او لعدم الملك فيه للحال او لانه ليس بمال متقوم حتى لو اتلف شرب انسان بان سقى ارضه من شرب
غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار فخر الاسلام رحمه الله انه يضمن واذا بطلت العقود فالوصية
بالباطل باطلة **قوله** وكذا لا يصلح مسمى في النكاح يعني لو تزوج امراة على شرب بغير ارض فالنكاح
جائز وليس لها من الشرب شيء لان الشرب بدون الارض لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة ولانه ليس بمال
متقوم حتى لا يضمن بعقد ولا بغصب ويجب مهر المثل لانه مجهول جهالة متفاحشة فلم يصح تسميته **قوله**
وكذا لو اختلعت امراة من زوجها على شرب بغير ارض صح الخلع وعليها ان ترد المهر الذي اخذت
لانها اطمعت الزوج بهذه التسمية ما هو مرغوب فيه فيصير غارة له بهذه التسمية والغرور في الخلع
يلزم مهر ما قبضت كما لو اختلعت على ما في بيتها من المتاع وليس في بيتها شيء **قوله** ولا يصلح بدل
الصلح يعني الصلح من الدعوى على الشرب باطل لانه لا يملك بشيء من العقود وما لا يملك بشيء من العقود

فالصلح عليه باطل وصاحب الدعوى على دعواه قوله ولا يباع الشرب يعني لو مات صاحب الشرب وعليه ديون لم يبع شربه بدون الارض في دينه الا ان يكون معه ارض فيباع الشرب مع ارضه لانه حال حياته لا يجوز بيعه بيع الشرب بدون الارض فكذا بعد موته قوله كيف يصنع الامام اعلم ان الامام ماذا يصنع بهذا الشرب قيل يتخذ حوضا يجمع فيه ذلك الماء في كل نوبته ثم يبيع الماء الذي جمعه في الحوض بثمن معلوم فيقضي به الدين والاصح ان ينظر الى ارض لا شرب لها فيضم ذلك الشرب الى ارضه ويبيعهما برضا صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض بدون الشرب ومع الشرب فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن الى قضاء دين الميت وان لم يجد ذلك اشترى على تركة هذا الميت ارضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب اليها وباعهما فيؤدي من الثمن ثمن الارض المشتراة والفاضل للغرماء قوله واذا سقى رجل ارضه الى اخره اعلم انه اذا سقى الرجل ارضه ومخرها او ملاها فسال من مائها في ارض رجل فغرقت او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه مسبب غير متعد فلا يضمن وهذا لان كون الفعل علة للشيء انما يعرف بالاثر اللازم له والاثر اللازم لفعله اجتماع الماء في ارضه وانما صارت ارض جاره ذات نز بالتشرب في الاجذاب وهو امر اتفاقي قد يكون وقد لا يكون فلا يضاف الى فعله الا انه لولا فعله لما حصل هذا الفساد فصار فعله في حق الاثر سببا محضا انما يضمن اذا تعدى كحافر البئر وواضع الحجر وفعله في ارضه مباح فلم يضمن قالوا اذا سقى ارضه سقيا معتادا تحتمل ارضه عادة اما اذا سقى سقيا لا تحتمل ارضه فيضمن لانه اجرى الماء الى ارض جاره تقديرا انتهى والله اعلم

كتاب الاشربة

وجه المناسبة بين الكتابين ان في الاول بيانا للشراب الحلال وفي الثاني للحرام ولان في الاول الحياة وفي الثاني اماتته قوله وهي جمع شراب وهو كل ما يشرب من المائعات فاريد بها في هذا الكتاب ما حرم منها وكان مسكرا وسمي هذا الكتاب بها لان فيه احكامها كما سمي كتاب البيوع والحدود لما فيه بيان احكامها الاشربة كلها حلال الا اربعة احدها الخمر وهي النيء من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد قوله وقال بعض الناس كل مسكر خمر لقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر ولقوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى العنب والنخلة وقوله صلى الله عليه وسلم الخمر من خمسة اشياء وذكر العنب والتمر والحنطة والشعير والعسل ولان الخمر ما خامر العقل وكل مسكر فهو مخامر للعقل ولنا ان الاسم للنيء من ماء العنب اذا صار مسكرا حقيقة باتفاق اهل اللغة حتى اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره فيسمى مثلثا او باذقا او غيره وكان هذا الاسم لغيره مجازا وما وردت به الحقيقة فيبطل المجاز وسمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل وهب انه سمي بها لمخامرة العقل هذا لا يدل على ان كل ما خامر العقل يسمى خمرا فان الفرس الذي يكون احد شقيه ابيض والاخر اسود يسمى ابلق ولا يسمى الثوب الذي فيه لون السواد والبياض بهذا الاسم وكذا النجم سمي نجما لظهوره يقال نجم اي ظهر ثم لا يدل ذلك على ان كل ما ظهر يسمى نجما والقارورة سميت بها لمعنى القرار وهذا الاسم لا يطلق على غيره وان كان المعنى موجودا وهو كثير لا يحصى والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين فانه قال بلغنا احاديث لم يصح روايتها

عن النبي صلى الله عليه وسلم احدها هذا وثانيها من مس ذكره فليتوضأ وثالثها كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل او المراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة لانه صلى الله عليه وسلم بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقائق قوله والثاني في حد ثبوت هذا الاسم قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد لان هذا الاسم ثابت لكونه مسكرا مخامرا للعقل وذا باعتبار صفة الاشتداد وهو المؤثر في ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى باعتبار اللذة المطربة والقوة المسكرة فيها فاما الغليان والقذف بالزبد فيعرف به صفو ولا تأثير لهما في احداث صفة السكر ويؤيده ما قاله ابو حنيفة رضي الله عنه ان القذف بالزبد والغليان من اثار الحلاوة وما دام شيء من الحلاوة باقيا كان المعنى الاصلي قائما فلا يثبت اسم الخمر الا اذا سكن وقذف بالزبد وتميز الصافي من الكدر لان حكم الاباحة كان ثابتا للعصير بيقين فلا يزول ذلك الا بيقين مثله واحكام الخمر مقطوع بها كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع والنجاسة فيناط بالنهاية لما في النقصان من شبهة العدم ولا يصح اثباتها بالشبهة قوله ويؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا عنده ايضا قوله ان عينها حرام قليلها وكثيرها غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وزعم ان السكر حرام لانه يحصل العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله تعالى وذلك باطل مخالف للكتاب والسنة واجماع الامة وكان كفرا منه وهذا لان الله تعالى سماها رجسا وهو اسم للحرام النجس عينا بلا شبهة وجاءت السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم متواترة انه حرم الخمر لعينها ولان قليلها يدعو الى كثيرها فهو من خواص الخمر فانه يزداد لشاربها اللذة بالاستكثار منها بخلاف غيرها من الاشربة فيها من الخلطة ما لا يدعو قليلها الى كثيرها فقد قيل ما من طعام وشراب الا ولذته في ابتداء يزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر ولهذا يزداد حرصه على شربها اذا اصاب منها شيئا واذا كان قليلها داعيا الى الكثير كان بحرمة الكثير الا ترى ان الزنا لما حرم حرم دواعيه ايضا وقد اكد تحريم الخمر بوجوه فانه صدر الجملة بانما وقرن بعبادة الاصنام ومنه قوله صلى الله عليه وسلم شارب الخمر كعابد الوثن وجعلها رجسا وجعلها من عمل الشيطان والشيطان لا ياتي منه الا الشر الخبيث وامر بالاجتناب وجعل الاجتناب من الفلاح واذا كان الاجتناب فلاحا كان الارتكاب خيبة وخسارا وقوله فهل انتم منتهون من ابلغ ما ينهى به كانه قال قد تلي عليكم ما فيه من انواع الصوارف والموانع وهو وقوع التعادي والتباغض والصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلوة فهل انتم منتهون مع هذه الصوارف ام مستمرون على ما انتم عليه كان لم توعظوا ولم تزجروا قوله وهي غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمها الى سائر المسكرات والشافعي جعلها معلولة بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى اوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر وهذا مخالف للسنة المشهورة فانه صلى الله عليه وسلم قال حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولانه تعليل لتعدية الاسم والتعدية في الاحكام دون الاسماء ولانه تجوز التعدية مع اختلاف المعاني قوله انها نجسة نجاسة غليظة كالبول

والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي ويكفر مستحلها لانه حرمتها قطعية لثبوتها بالكتاب والسنة المتواترة واجماع الامة **قوله** وسقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يصح بيعها لان صاحب الشرع متى نجسها فقد اهانها فسقط تقومها ضرورة ان تقومها ينبئ عن عزتها والشرع يبتني على التقوم لذا الضمان ولم يوجد واختلفوا في سقوط ماليتها والصحيح انها مال لجريان الشح والضنة فيها ومن كان على دين فاوفاه من ثمن خمر لا يحل له اخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع غير منعقد وهي غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لانها مال متقوم في حق الكافر وبيعها جائز عنده وقد مر في الكراهية وتحريم الانتفاع بها لانه لما كان رجسا بجنس العين وجب الاجتناب حرم الانتفاع به ضرورة ويحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا يؤثر الطبخ فيها لان الطبخ في الشرع للمنع من ثبوت الحرمة لا لابطالها بعد ثبوتها وهذا لان الطبخ اثره في ازالة صفة الاسكار وبعد ما صار خمرا لا يؤثر فيها ثم قيل لا يحد فيه ما لم يسكر منه لان الحد بالقليل مخصوص في النيء وهذا مطبوخ وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله يحد من شرب منه قليلا كان او كثيرا اعلم ان ما يتخذ من التمر يليه السكر وهو النيء من ماء التمر والبسر المذنب الذي من ماء البسر وحكمها في حكم الباذق والفضيخ وهو النيء من ماء التمر والبسر المذنب اذا طبخ ادنى طبخه وحكمها حكم المثلث **قوله** وكل ذلك حرام اذا غلا واشتد وقذف بالزبد اي رماه وازاله فانكشف عنه وسكن **قوله** لانه مشروب طيب وليس بخمر فكان حلالا كالمثلث ولنا انه في معنى الخمر لانه رقيق مسكر مطرب يدعو قليله الى كثيره ويجتمع الفساق على شربه كما يجتمعون على شرب الخمر فكان حراما كالخمر بخلاف المثلث لانه غليظ **قوله** فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله وهو حلال لقوله تعالى ﴿وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ ذكره في موضع المنة ومنه لا يتحقق بالمحرم فاوجب اباحته ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك وقال صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين والنص محمول على ما قبل التحريم وقيل هو دال على التحريم على وجه التوبيخ اي تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا **قوله** وحرمة هذه الاشربة دون الخمر اي حرمة الباذق والمنصف والسكر ونقيع الزبيب بناء على ان حرمة هذه الاشربة بصريح الاجتهاد **قوله** ولا يكفر مستحلها وانما يضلل بخلاف الخمر لان حرمتها قطعية **قوله** ويجوز بيعها ويضمن متلفها اي متلف سوى الخمر من الاشربة بناء على انها كانت اموالا متقومة ولم يوجد دليل قطعي لسقوط تقومها بخلاف الخمر **قوله** عند ابي حنيفة رحمه الله بقيمتها لا بمثلها لان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلا يكون مامورا باعطاء المثل **قوله** وفي الجامع الصغير وما سوى ذلك اي ما سوى الباذق والمنصف والسكر ونقيع الزبيب من الاشربة فلا باس به وهذا الجواب على هذا العموم نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رضي الله عنه حتى لا يجب الحد وان سكر منه عنده والسكران منه اذا طلق امراته لم يقع عند ابي حنيفة رحمه الله

بمنزلة طلاق النائم والمغمى عليه ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعند محمد رحمه الله هو حرام ويحد شاربه اذا سكر منه بمنزلة السكران من الاشربة المحرمة وعن ابن عباس رضي الله عنه في كل نبيذ يفسد عند ايامه فلا باس به وكل نبيذ يزداد جودة على طول الترك فلا خير فيه اراد به النيء من ماء الزبيب والتمر انه ما دام حلوا ولم يصر معتقا فهو بحيث يفسد عند ايامه فلا باس بشربه واذا صار معتقا بان غلا واشتد وقذف بالزبد فهو يزداد جودة على طول الترك فلا خير فيه وبه كان يقول ابو يوسف رحمه الله في الابتداء في المطبوخ من ماء الزبيب والتمر اذا صار معتقا لا يحل شربه وان كان بحيث يفسد اذا ترك عشرة ايام فلا باس بشربه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رضي الله عنه فالحاصل ان ابا يوسف رحمه الله كان يقول اولا مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام لكنه وجد شرطا انه لا يفسد بعد ما يبلغ عشرة ايام فهاهنا مسئلتان احديهما ان كل مسكر حرام عند محمد ولابي يوسف رحمهما الله اولا ثم رجع ابو يوسف الى قول ابي حنيفة رضي الله عنهما والثانية ان الاشربة نحو السكر ونقيع الزبيب اذا غلا واشتد حرام عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله كذلك ولكن بشرط ان يبقى بعد عشرة ايام لا يفسد اي لا يحمض ثم رجع الى قولهما **قوله** لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي الى منزلي فغدوت عليه من الغد فاخبرته فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وابن عمر رضي الله عنهما كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به انه كان يسقي غيره ما لا يشربه او يشرب ما كان حراما وهذا بيان ان المتخذ من العجوة والزبيب حلال وان اشتد وصار مسكرا لان الذي سقاه كان مسكرا الا ترى قوله ما كدت اهتدي الى اهلي وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وفيه رد لقول اصحاب الظواهر انه لا يحل شرب الخليطين وان كان حلوا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والبسر فلما كان في زمان الجدب فكره للاغنياء الجمع بين النعمتين **قوله** ونبيذ العسل والتين الى ان قال وخص التحريم بهما والمراد بيان الحكم لانه صلى الله عليه وسلم مبعوث لاجله فيكون ما وراءها مباحا بالنصوص العامة ثم في ظاهر الرواية لا باس بالشرب منه مطبوخا او غير مطبوخ وفي النوادر عن محمد رحمه الله ان شرب النيء منه بعد ما اشتد لا يحل وجه ظاهر الرواية ان العسل والشعير والذرة حلال التناول متغيرا كان او غير متغير فكذا ما يتخذ من الاشربة لان هذا في معنى الطعام والتغير في الطعام لا يؤثر فكذا نفس الشدة لا توجب الحرمة فقد يكون ذلك في بعض الادوية كالبنج وفي بعض الاشربة كاللبن وليس ذلك فيه فهو بمنزلة ما يعتريه البلوى فيرد **قوله** وقيل لا يحد يعني لا يحد على من شرب مما يتخذ من العسل والبر والشعير والذرة والسكر والتوت والكمثرى وغير ذلك سكرا ولم يسكر لان النص ورد بالحد في الخمر وهذا الشرع بمعناها فلو وجب الحد فيه لكان بطريق القياس ولا يجوز ولان الحد شرع للزجر عن الارتكاب سببه ودعا الطبع الى هذه الاشربة لا يكون كدعاء الطبع الى المتخذ من الزبيب والعنب والتمر فلا يشرع فيه الزاجر كذا في المبسوط لشمس الائمة السرخسي رحمه الله وذكر في المبسوط شيخ الاسلام رحمه الله الاصح انه يحد لان الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة

قوله وعصير العنب إذا طبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه حلال وإن غلا واشتد وسكن من الغليان وهذا
عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال محمد ومالك والشافعي رحمهم الله قليله وكثيره حرام سئل أبو حفص الكبير
رحمه الله فقال لا يحل شربه فقيل خالفت أبا حنيفة وأبا يوسف رضي الله عنهما فقال لأنهما يحلان للاستمراء
والناس في زماننا يشربون للفجور والتلهي فعلم أن الخلاف فيما إذا قصد به التقوي فأما إذا قصد به التلهي
فلا يحل بالاتفاق وعن محمد رحمه الله مثل قولهما وعنه كره ذلك وعنه توقف فيه فقال لا أحرمه ولا أبيحه واحتجا
بقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر حرام وفي رواية ما أسكر كثيره فقليله حرام وفي رواية ما أسكر الجرة فالجرعة
منه حرام ولأن الكثير من هذه الأشربة مسكر فللكثير حكم الخمر في حق الحرمة ووجوب الحد فكذا القليل وهذا لأن
القليل منه لو كان مباحا لما وجب الحد وإن سكر منه لأن السكر إنما حصل بشربه الحلال والحرام جميعا فيغلب جانب
الحلال فيمنع وجوب الحد وإذا اجتمع الموجب للحد والمسقط له يرجح المسقط على الموجب في الحدود ولهما قوله
صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر لأن العطف يقتضي المغايرة
والمسكر هو القدح الأخير وهو حرام عندنا وإنما حرم القليل من الخمر لأن القليل يدعو إلى الكثير للرقة واللطافة
وكان القليل سببا للفساد كالكثير وكان حراما وهذه الأشربة غليظة ولا يدعو قليلها إلى كثيرها فكان قليلها
مباحا مع وصف الشدة والسكر منها حراما وقد طعن إبراهيم النخعي رضي الله عنه في الأحاديث ولأن الخلاف في ذلك
مشهور بين الصحابة رضي الله عنهم لم يصح بها أحد فلو كانت صحيحة لاحتجوا بها ولأنها لما تعارضت تمسك بالقياس
وهو شاهد لنا وتحمل على القدح الأخير إذ هو المسكر حقيقة أو على الابتداء ليكون فطاما لهم عن الخمر فلما وقع الفطام
أباح ذلك قوله ولو طبخ العنب كما هو بعصير يكتفي بأدنى طبخة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما
وروى أبو يوسف رحمه الله أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الأصح لأن العصير فيه قائم بلا تغير فيستوي
اعتبار الطبخ فيه بعد العصر وقبله قوله فيعتبر جانب العنب احتياطا تغليبا للموجب للحرمة قوله كما إذا
صب في المطبوخ قدح من نقيع يعني نقيع مطبوخ وصب في المطبوخ قدح من النقيع لم يحل شربه إذا اشتد
ويغلب الموجب للحرمة على الموجب للحل فهذا مثله قوله ولا حد في شربه يعني في شرب شيء من ذلك
ما لم يسكر لأن ثبوت الحرمة للاحتياط وفي الحد يحتال للدرء والإسقاط قوله في حديث فيه طول وهو قوله
صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرا ونهيتكم عن لحوم
الأضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فأمسكوا ما بدا لكم وتزودوا فإنما نهيتكم ليوسع موسركم على معسركم
وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فإنه لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا مسكرا ففي
الحديث دليل جواز نسخ السنة بالسنة فقد أذن في هذه الأشياء الثلاثة بعدما كان نهى عنها وبالإذن نسخ
حكم النهي قوله وإن كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر كما لو تنجس الظرف بالبول والدم فإنه يطهر بالغسل
ثلاثا وإن كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه وعن أبي يوسف رح يخفف في كل مرة كما في الظاهر

فيما لا ينعصر بالعصر وقيل عند أبي يوسف يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى إذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته
قال الشافعي رضي الله عنه يكره تخليلها يعني التخليل حرام ثم إن كان بإلقاء شيء في الخمر من ملح أو خل فلا يحل
ذلك الخل قولا واحدا وإن كان التخليل بغير إلقاء شيء فيه بأن كان بالنقل من الظل إلى الشمس أو بإيقاد النار
في القرب منه فله قولان له أن في إباحته اقترابا وذلك لأن النص أوجب الاجتناب عنها وإذا كان التخليل حراما فلا
يكون مؤثرا في الحل كذبح الشاة في غير مذبحها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم أيما إهاب دبغ فقد طهر كالخمر صار
خلا ويروى كالخمر تخلل أي تخلل فتحل والرواية كالخمر يتخلل بها وقوله صلى الله عليه وسلم نعم الإدام
الخل ولم يفصل وقوله صلى الله عليه وسلم خير خلكم خل خمركم ولأن التخليل إصلاح لجوهر فاسد فكان حلالا كدبغ الجلد
وهذا لأنه إزالة الصفة المفسدة وإثبات صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي
به والإصلاح مباح بالإجماع كالدباغ وكذا الصالح للمصالح مباح كما لو تخلل بنفسه والاقتراب لإبطال صفة
الخمرية فكان بمنزلة الإراقة فإن قيل هي نجس العين فتحريم النص فيها قياسا على الميتة والدم والبول
قلت ليس كذلك فإنها ذات العصير وهو طاهر قبل الخمرية والنجاسة باعتبار الشدة وما في معناها بل هي وصفها
وهو يقبل التبدل كالصبغ الصبي قوله لا يتخذ الخمر خلا معناه لا يستعمل الخمر استعمال الخل كما يضعونها
على الموائد كما يوضع الخل قوله ويكره شرب دردي الخمر إلى آخره على أن دردي كل شيء بمنزلة صافيه والانتفاع
بالخمر حرام فكذا بدرديه وهذا لأن في الدردي أجزاء الخمر ولو وقع قطرة من خمر في ماء لم يجز شربه والانتفاع به
فالدردي أولى أما الامتشاط فلأنه يصلحه بعض النساء لأنه يزيد في بريق الشعر وقد صح عن عائشة
رضي الله عنها أنها كانت تنهى النساء عن ذلك أشد النهي وكذا لا يجوز أن يداوي جرحه دابته لأنه نوع انتفاع
بالخمر واقتراب على قصد التمول محرما بأمر عام من كل وجه وكذا لا يحل أن يسقي صبيا أو صبيا للتداوي لأن الله تعالى
لم يجعل في رجس شفاء والإثم على من سقاه لأن الصبي غير مخاطب والإثم يبنى على الخطاب قوله قوله وكذا
لا يسقيها الدواب لأنه نوع انتفاع بالخمر واقتراب على قصد التمول قيل لا يحمل الخمر إلى الدواب أما إذا قيدت
إلى الخمر فلا بأس به كما لا يحمل الميتة إلى الكلب ولو قيد الكلب إلى الميتة يجوز وكذا الفأرة لا يحمل الخادم
ولكن الخمر يحمل إلى الفأرة لئلا يصير حاملا للنجاسة من غير ضرورة قوله ولو ألقي الدردي في الخل
لا بأس به لأنه يصير خلا فإن طبع الخمر أن يصير خلا إن ترك لذلك فإذا غلب عليهما الخل أولى أن
يصير خلا ولكن يباح حمل الخل إليه لا عكسه لما بينا قوله قال الشافعي رحمه الله يحد شارب الدردي
من الخمر وإن لم يسكر لأن الحد يجب بشرب قطرة من الخمر وفي الدردي قطرات من الخمر ولنا أن وجوب الحد للزجر
وشرع الزواجر فيما تميل إليه الطباع والطباع لا تميل إلى شرب الدردي بل يحتاج شاربه إلى
تكلف الدردي وقليله لا يدعو إلى كثيره بخلاف الخمر فصار كغير الخمر من الأشربة ولا حد فيها إلا بالسكر
ولأن الغالب على الدردي الثفل لو كان الغالب هو الماء لم يحد بشربه فكذا إذا كان الغالب الثفل العنب

قوله ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم وهو حرام ولا حد عليه لانه متعلق بالشرب ولم يوجد ولانه للزجر والطبع لا يميل اليه قوله ولو جعل الخمر في مرقة ثم طبخت لا يؤكل لانها تنجست بها والطبخ في الخمر لا يحلها ولا يغير الحكم الثابت فيها كما لو طبخت في غير المرقة قوله ولا حد ما لم يسكر منه لانه مطبوخ ولان الغالب عليها غير الخمر والمعتبر هو الغالب في حكم الحد قوله ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لان الدقيق تنجس بالخمر والعجين النجس لا يطهر بالخبز

فصل في الطبخ العصير

قوله الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقوته بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي مثاله عشرة دوارق من عصير صب في قدر ثم طبخ فذهب دورق بالزبد فانه يطبخ الباقي حتى يبقى ثلثه دوارق فيحل لان ما اخذه من الزبد نقص من اصل العصير فسقط اعتباره في الحساب فظهر ان تسعة دوارق فانما يطهر اخر الطبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه دوارق واصل اخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا بالرقة ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الماء يذهب اولا ثم العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا يغلي الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى الثلث فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصيرا فصار كما لو صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالطبخ ثلثاه وبيانه عشرون دوارق من عصير وعشرون دورقا من الماء ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان الماء اسرع ذهابا فطبخ حتى يبقى تسع الكل وهو ثلثه وثلث لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانا يذهبان معا طبخ حتى يذهب ثلثا الكل الغلي يدفعه ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما بالاسكار الكل في المقصود وهو الخليط المقلل لمثل الطبخ المانع من دعاء القليل الى الكثير قوله اصل اخر اذا طبخ وذهب بعضه ثم اريق بعضه كم يطبخ حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الكل فتضربه فيما بقي بعد ما انصب منه ثم تقسمه على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما خرج من القسمة فهو حلال مثاله عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اريق منه ثلثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله ثلثه وثلثا فتضربه فيما بقي بعد ما انصب منه شيء وذلك تسعة واذا قسمت عشرين على تسعة وكل جزء منه لكل اثنان وتسعان عرفنا ان الحلال ما بقي رطلان وتسعا رطل هذا لان الرطل الذي ذهب بالطبخ ليس بذاهب حقيقة بل هو قائم ولكن تداخل اجزاؤه في اجزاء الباقي فلهذا يغلظ الباقي فتراجع اجزاء الرطل الى اجزاء البقية وهو تسعة ارطال فيكون مع كل رطل تسع فاذا انصب منه ثلثة ارطال فقد انصب ثلثة ارطال وثلثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة ارطال وستة اتساع رطل ولو كان هكذا حقيقة السبيل انه يطبخ حتى يبقى رطلان وتسعا رطل كما هنا ووجه اخر وهو ان الذي ذهب بالطبخ ذاهب لكنه من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب حرامه ويبقى حلاله فصار عشرة ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل وثلثة حلال نسبتها منها ثلثة ارطال وثلث رطل الحرام خمسة ارطال وثلثا رطل فاذا اريق ثلثه فهذا من الحلال والحرام جميعا لانه لا يتعلق

للذاهب حسابا بالحلال او بالحرام وكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فبقي ثلثاه رطلان وتسعا رطل او ان ردت زيادة الانكشاف فاجعل رطل تسعة لحاجتنا الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث فصارت ارطال الحلال ثلثين سهما وقد اريق ثلثه وهو عشرة فبقي عشرون وهو رطلان وتسعا رطل قوله وما خرج بالقسمة فهو حلال اي مما بقي ووجه ذلك ان ههنا مقادير اربعة متناسبة نسبة الاولى منها وهو ما بقي من الحلال الى الثاني وهو الباقي من العصير مثل نسبة الثالث وهو جملة الحلال الى الرابع وهو جملة العصير بعد الطبخ والاول منها المجهول فضربنا الثاني منها وهو ستة ارطال في الثالث وهو ثلثه ارطال وثلث رطل فصار عشرين فقسمنا العشرين على الرابع وهو تسعة ارطال فيخرج من القسمة رطلان وتسعا رطل فهو الاول الذي يريد معرفته

كتاب الصيد

اعلم ان الله تعالى عم احسانه وعظم على خليقته امتنانه ووسع بصنوف المكاسب ارزاق العباد وندب من بينها الى الاصطياد فقال واذا حللتم فاصطادوا فلهذا ابتداء المصنف رحمه الله بمسائل الاصطياد قوله الصيد الاصطياد اي لغة وقد يسمى المصيد صيدا تسمية بالمصدر والاصطياد مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وادنى درجات الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن اخذ والاجماع ولانه نوع من الاكتساب والانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا كالاحتطاب تمكينا للمكلف من اقامة التكاليف ثم اعلم ان شرط ثبوت الملك فيه كون الصيد غير مملوك وسبب ثبوت الملك الاخذ وحكم الاصطياد ثبوت الملك او الحل لانه حكم الذكوة

فصل في الجوارح

قوله يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة كالشاهين والباشق والصقر قوله فلا حرج فيه اذا اصله الا ان يدرك ذكوته اعلم ان حل التناول بالاصطياد مختص بشرائط منها ان يكون الصائد من اهل الذكوة وذا ان يعقل الذبح والتسمية حتى لا يؤكل صيد الصبي والمجنون اذا لم يعقل الذبح والتسمية وان يكون له على الاسلام دعوى او اعتقاد كالمسلم او دعوى لا اعتقاد كالكتابي كما مر في الذبائح وان يكون ما يصطاد به معلما وان جارحا لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله وهو عطف على الطيبات اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفي معنى الجوارح قولان احدهما ان يكون جارحا حقيقة بنابه او بمخلبه فيكون من الجرح بمعنى الجراحة والثاني الكواسب كقوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار اي كسبتم ويمكن حمله عليهما فيشترط ان يكون من الكواسب التي تجرح ليتحقق بالجرح معنى المكلب معلم الكلاب ومؤدبها وكل جارحة سبعية كانت او طائرا ومعنى قوله مكلبين معلمين اياها الصيد تعلمونهن تؤدبونهن لطلب الصيد وتعلمونهن حال ثانية والسباع كلها جوارح قوله ولان بدن البازي الى اخره اعلم ان بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن ان يضرب حتى يدع الاكل وبدن البازي لا يحتمل الضرب فحقق هذا الشرط فيه واقيم مقامه ما يدل عليه وهو الاجابة عند الدعاء ولان الكلب الوف وعلامة علمه

ان نادى على خلاف طبعه واجابه صاحبه اذا دعاه على مخالف لطبعه فلا يكون ذلك علامة علمه بل علامة
علمه ترك الاكل مع صاحبه لانه لا افتراس للبازي لطبع الكلاب السباع والتعلم بتبديل الطبع
بالنقل الى غيره ليصير اكتسابا بعد ان كان اتساها ما هو داخل في ترك التبديل ما هو مقصود في طبعه بضده
والبازي مستوحش بطبعه فاجابه صاحبه اذا دعاه خلاف طبعه فيكون ذلك علامة دون الاكل ولكن
هذا الفرق لا يتاتى في الفهد فانه مستوحش كالبازي والحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول **قوله**
وهذا عندهما يعني شرط ترك الاكل ثلثا عند ابي يوسف ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنهم
لان المعلم يمسك الصيد على صاحبه وترك الاكل قد يكون محتملا للشبع وقد يكون للاستعمال على صاحبه
فاذا ترك مرارا علم انه معلم يمسكه على صاحبه وانما قدر بالثلث لانه حسن للاختبار كما في قصة الاخبار
الا ترى الى قول صاحب موسى عليه السلام في الثالثة هذا فراق بيني وبينك بعد ترديده الخيار وامهال المرتد الحجر
وقال صلى الله عليه وسلم اذا استاذن احدكم ثلثا فلم يؤذن له فليرجع وقال عمر رضي الله عنه اذا لم يربح
احدكم في التجارة ثلث مرات فليتحول الى غيرها ولان الكثير امارة على العلم لا القليل والكثير انما ثبت بالجمع
والثلث اقله فقدرناه واما ابو حنيفة رضي الله عنه فلم يوقت فيه وقتا ولكنه فوض الى اجتهاد صاحبه
فان كان اكبر رايه انه صار معلما فهو معلم لان نصب المقادير لا يكون بالراي اذ لا مدخل للقياس في معرفته
مفوض الى راي المبتلى به لما عرف من اصله في جنس هذه المسائل على الرواية التي قدر ابو حنيفة رضي الله عنه
بالثلث يوكل الصيد الثالث عنده وعندهما لا يوكل الثالث لانه انما حكم بكونه معلما بعد ترك الاكل في الثلث
فكان الثالث صيد غير معلم فيحرم كالتصرف للماسخ في سكوت المولى فانه لا ينفذ لانه يحصل الاذن لا
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الحكم بكونه معلما عند امساك الثالث على صاحبه وقد امسكه على صاحبه بعد ارسال
صاحبه وكان حينئذ كلبا معلما فيحل الثالث ومنه كالرابع بخلاف ما ذكر لان الاذن اعلام فلا يكون بدون علم العبد وذا
بعد مباشرته وسكوت سيده وان يرسله وان سمى عنده حتى ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله عند
ارساله فاخذ الصيد فجرحه فمات حل اكله والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رضي الله عنه اذا ارسلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل فان اكل منه فلا تاكل وان شارك كلبك المعلم كلب اخر فلا تاكل فانك سميت
على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولان التذكية انما تكون بوجه للحلال واصل من الادمي فلا بد من جعل آلة الصيد نائبة
عن الادمي ليحصل بفعله وذا لا يكون الا بالارسال واشتراط كونه معلما ليحصل الارسال فنزل منزلة الرمي
وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده يؤيده قوله تعالى فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ
والامر للوجوب ولا وجوب عند الاكل فدل ان المراد به عند الارسال **قوله** يشير الى اشتراط الجرح اخذا
اسم الجوارح مشتق من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل وهذا لان الحل لما كان بغير الكلب آلة للمرسل بالذكوة
الاضطرارية والذكوة بدون الجرح لا تكون فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه اذ لا منافاة بين المعنيين

وفيه اخذ المعنيين **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله ان الجرح لا يشترط فاول الجارح بالكاسب
قوله فان اكل منه الكلب وقال مالك والشافعي رضي الله عنهما في القديم لا يحرم اعتبارا بالبازي فانه
لو اكل منه البازي لا يحرم ولنا قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم وحين اكل منه تبين انه امسكه على نفسه
لا على صاحبه واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لعدي رضي الله عنه وان اكل منه فلا تاكل
فانما امسكه على نفسه وكان البازي كذلك وهو اخذ قول الشافعي رضي الله عنه ولكنا تركناه بما روينا
عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان البازي لا يمكن تعليمه بترك الاكل لا يحتمل الضرب فاكتفي بالاجابة اذا دعاه بخلاف الكلب
قوله ولو صاد صيودا ولم ياكل منها ثم اكل من صيد لا يوكل هذا الصيد لان علامة العلم فيه ترك الاكل وكان
اكله علامة الجهل او انما نصيد بعد حتى يصير معلما عنده ما جهاد الكلاب وعندهما ترك الاكل ثلثا كما في الابتداء
واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها فلا تظهر الحرمة فيه لعدم المحلية وما ليست تحرز في بيته يحرم
عنده وعندهما لا يحرم لهما انا حكمنا بالحل في الصيود الماخوذة واكله من هذا الصيد يحتمل قد يكون لفرط الجوع
مع كونه معلما وقد يكون لامساكه على نفسه وكونه غير معلم وما صاده صار محكوما به فلا يجوز ابطاله بالشك
ولا انعال قد حكمنا بكونه جاهلا اذ حرمنا هذا الصيد الذي اكل منه والذي اخذه بعده ما لم يصير معلما لانا حكمنا
بذلك بنوع اجتهاد مع بقاء الاحتمال الاجتهاد دليل يصلح العمل به في المستقبل وليس بدليل في نقض ما مضى
بالاجتهاد بخلاف غير المحرز لبقائه صيدا من وجه بواسطة عدم الاحراز فحرم احتياطا ولابي حنيفة رضي الله عنه
انه آية جهله من الابتداء بناء على ان الحرفة لا تنسى اصلها ويحتمل ان ينسخ فائتها بالترك زمانا كالخياطة ونحوها
في الادمي فلما وجب الحكم بكونه جاهلا في الحال تبين انه لم يكن معلما وانه انما ترك الاكل للشبع حتى لم يترك حين كان جائعا
وهذا الكلام ان كان محتملا ولكنه تعين انه لكونه غير معلم بدليل شرعي محرم ساول لهذا الصيد اشار الى قوله
وان اكل منه فلا تاكل الحديث بدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود انما يحصل بالاكل فصار كتبدل اجتهاد
القاضي قبل القضاء **قوله** لانه بقيت فيه جهة الصيدية اي اعتبار عدم الاحراز **قوله** وعن ابي حنيفة رح
وابي يوسف رضي الله عنهما وهو قول الشافعي رحمه الله انه يحل لان ذكوة الاضطرار بدل عن ذكوة الاختيار وما لم يقدر
على الاصل لا يسقط حكم البدل وهنا لم يقدر على الاصل فصار كالمتيمم اذا وجد الماء [illegible] سبع او عدو ووجه
الظاهر ان ذكوة الاضطرار انما تعتبر اذا لم تقع في يده حيا فيسقط اعتبار ذكوة الاضطرار فيه وصار كشاة سقطت
ولم يتمكن من ذبحها حتى ماتت بخلاف ما لو بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما ولهذا لو وقع في الماء
وهو بهذه الحالة لا يحرم كما لو وقع وهو ميت واذا كان ميتا حكما لا يكون محلا للذبح وقال بعض المشايخ ان الكلام
لفقد الآلة لم يوكل لان التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكوة مع نفسه **قوله** ولم يتمكن لضيق الوقت
لم يوكل عندنا وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهم الله يحل استحسانا وهو قول الشافعي رضي الله عنه لانه لم يقدر
على الاصل لضيق فبقيت ذكوة الاضطرار موجبة للحل والاستحسان اخذ فخر الدين قاضي خان رحمه الله ولنا انه بالوقوع

في بدنه لم يبق صيداً فلم يعتبر حكم ذكاة الاضطرار فيه وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه حياً من الجرح الذي جرحه الكلب
اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يده حياً فانه يحل بالاتفاق لانه استعر فيه فعل الذكاة فيبقى
في يده وما بقي فيه اضطراب المذبوح فلا يعتبر ذلك كما لو ذبح شاة فاضطربت فوقعت في الماء بعد قطع الاوداج
والحلقوم لم يحرم بذلك كذا هنا وقيل هذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما عند ابي حنيفة رضي الله عنه
فلا يحل وهو القياس لانه وقع في يده حياً فلا يحل الا بذكاة الاختيار كالمتردية هذا اذا لم يذبحه وان ادرك
الذكاة فلو ذكاه حل عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه ان كانت فيه حياة مستقرة فقد ذكاه عند ابي حنيفة رضي الله عنه
ذكاة الذبح وقد وجد وعندهما حل بلا ذبح **قوله** لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقاً من غير
فصل ولان المقصود تسييل الدم النجس بفعل الذكاة وقد حصل **قوله** وذكاة الكلب اذا اعتاد عادته
فهو بمنزلة الفهد وقال شمس الائمة السرخسي بالفارسية رحمهما الله للفهد خصال ينبغي لكل عاقل ان ياخذ ذلك
منها انه يكمن للصيد حتى يستمكن منه وهذا حيلة منه للصيد ينبغي للعاقل ان لا يجاهر بالخلاف عدوه ولكن
يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير اتعاب نفسه ومنها انه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب
بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا للعاقل ان يتعظ بغيره كما قيل السعيد من وعظ بغيره ومنها
انه لا يتناول الخبيث وانما يطلب صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يتناول الا الطيب
ومنها انه يثب ثلاثاً او خمساً فان تمكن من الصيد والا تركه ويقول لا اقتل نفسي فيما اعمل لغيري وهكذا ينبغي
لكل عاقل **قوله** يحرم عليه طوبى لاس **قوله** ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد
فاخذه فقتله اكل لان عادة البازي ان يقع على شيء ويطير الى الصيد ليتمكن من اخذه وهذا لم يمكث زماناً طويلاً
للاستراحة كما مر في الجثوم وانما مكث ساعة للتمكن كما في الفهد والكلب **قوله** ولا يدري ارسله انسان او لا
لم يؤكل لان الاباحة لا تثبت بدون الارسال وقد وقع الشك في الارسال **قوله** وان جرحه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل
بناء على ان الجرح شرط في ظاهر الرواية وهذا اشارة الى انه لا يحل بالكسر لان المعتبر هو الجرح الذي يسبب لانهار الدم
ولم يوجد ذلك بالكسر فصار كالتخنق **قوله** وعن ابي حنيفة رضي الله عنه رواه ابو يوسف رحمه الله انه اذا كسر
عضواً فقتله حل لان الكسر جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة **قوله** ولانه اجتمع المحرم والمبيح الى اخره
اي لان الصيد صار ماخوذاً بالكلبين والاصل انه متى اجتمع موجب الحل وموجب الحرمة تغلب موجب الحرمة
لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا غلب الحرام الحلال ولان الحرام واجب الترك والحلال
جائز الترك فكان الاحتياط في الترك **قوله** يكره اكله لوجود المشاركة في الاعداد وعدمها في الجرح ثم قيل كراهة
تحريم وقيل كراهة تحريم وهو اختيار شمس الائمة الحلوائي رحمه الله **قوله** وهذا الخلاف فيما اذا رد المجوسي
بنفسه يعني رد الصيد على الكلب مجوسي حتى اخذه فلا باس باكله الذي ارسله المسلم فيكون حلالاً فاما فعل
الكلب الذي صاحبه مجوسي فعل الكلب الذي ارسله يتحقق به المشاركة ويجتمع في الصيد الموجب للحل

والموجب للحرمة **قوله** واذا ارسل المسلم كلبه فزجره المجوسي فانزجر بزجره اعلم ان الزجر دون الارسال لانه بناء
عليه والشيء انما يرتفع بما هو مثله او فوقه كما عرف في النسخ في اصول الفقه ففي مسألة الارسال المجوسي يحرم
فلا يرتفع بزجر المسلم اياه لانه دونه وفي الثانية ارسال المسلم موجب للحل فلا يرتفع بزجر المجوسي لانه دونه
وكل من لا يجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عمداً بمنزلة المجوسي حتى لو ارسل صيداً وسمى ثم زجره من لم يسم
يؤكل وبعكسه لا يؤكل فهذا وعلى هذا غيره **قوله** وان لم يرسله احد ولكنه انبعث الكلب او البازي
على اثر الصيد بغير ارسال فزجره المسلم فانزجر فاخذ الصيد حل والقياس ان لا يحل لان زجره ليس بارسال
وبدون الارسال لا يحل لانه شرط وجه الاستحسان انه انزجر بزجره فجعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال فان قلت
الزجر بناء على الانفلات فكان الزجر دون الانفلات والشيء لا يرتفع بما هو دونه كما مر في الارسال والزجر
قلت الزجر مثل الانفلات لانه فوقه بحسب التسوية ودونه من حيث انه فعل غير المكلف فاستويا فصلح
ناسخاً اما الارسال فهو سابق فعل المكلف والزجر لاحق ان كان فعل المكلف فكان دونه فلا يرتفع به **قوله**
ولو ارسل رجلان كل منهما كلباً فوقذه كلب احدهما ثم قتله كلب الاخر يؤكل لما بينا ان جرح الكلب بعد الجرح
ما لا يمكن الاحتراز عنه فصار كانه حصل بفعل الواحد والملك للاول لانه اخرجه من ان يكون صيداً بخلاف
ما في الباب ان ضرب الثاني حصل بعد الخروج عن الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر
في الاباحة والحرمة حال الارسال فلهذا لا يحرم حتى لو كان الارسال من الثاني بعد الخروج من الصيدية بجرح الاول
يحرم الثاني ومات لا يحل لو ارسل كلبه على صيد فلم ياخذه واخذ غيره حل لان المشروط بالنص الارسال
دون التعيين والزيادة على النص نسخ وقال مالك والشافعي رضي الله عنهما لا يحل لانه لم ياخذ ما ارسل عليه
واحد ما لم يرسل عليه فكان ماخوذاً بغير ارسال فالتعيين شرط عنده قلنا لا يمكنه تعليمه على وجه
ياخذ ما عينه فسقط اشتراطه

فصل في الرمي

اعلم ان الاصطياد كما يجوز بالجوارح المعلمة يجوز
بالرمي لاطلاق قوله تعالى فاصطادوا واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه بالرمي
يصير مدركاً اذ السهم آلة له فيشترط التسمية عند الرمي وكل البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح
ليتحقق الذكاة الاضطرارية لما مر **قوله** ولو سمع حساً فظنه صيداً فارسل كلبه او بازيه عليه او رماه
بسهم فاصاب صيداً ثم تبين ان المسموع حسه كان صيداً ماكولاً او غير ماكول حل ما اصابه وعن ابي يوسف رحمه الله
ان كان حس سبع سوى الخنزير اكل الصيد وان كان حس خنزير لم يؤكل لانه مغلظ التحريم حتى لا يجوز الانتفاع به
بوجه فسقط حكم فعله بخلاف سائر السباع لان الانتفاع بها مطلق الا من جهة الاكل فكان الفعل معتبراً
وقال زفر رضي الله عنه ان كان حس صيد لا يؤكل كالسباع ونحوها لم يؤكل لان الارسال على السبع لا يتعلق به
حكم اباحة الاكل فصار هو والادمي في ذلك سواء ولنا ان الاصطياد لا يختص بماكول اللحم بدليل قول الشاعر صيد
الماكول اراد وثعالب اذا ركبت فصيدي الابطال فكان الارسال اصطياداً ثم يثبت الاباحة بتعلق بالمحل

فيثبت بعد ما يقتله لحما وحلالا وقد لا يثبت اذا لم يقتله واذا وقع اصطيادا اصاد كانه رمى الى صيد فاصاب
غيره بخلاف ما لو سمع حسا ظنه حس آدمي او حيوان اهلي حيث لا يحل المصاب لان الارسال ليس باصطياد ولو علم
ان المرمي طير داجن ياوي البيوت لم يحل لان الرمي اليه كالرمي الى الشاة لان ماواه البيوت وقد اعد عليه
قوله لان الظاهر فيه التوحش يعني الاصل في الطير التوحش فيتمسك به حتى يعلم الاستيناس قوله
ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولم يعلم ان البعير ناد او غير ناد لم يوكل الصيد حتى يعلم ان البعير كان نادا لان
الاصل في الابل الاستيناس فيتمسك به حتى يعلم غيره قوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه
ولم يزل في طلبه حتى اصابه حل استحسانا والقياس ان لا يحل وهو قول الشافعي رحمه الله لاحتمال انه مات بسبب
آخر ولنا انه صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر اصحابه اليه فقال عليه السلام دعوه
فسيأتي صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي وانا في طلبها وقد جعلتها لك فامر النبي صلى الله عليه وسلم ابا بكر رضي الله عنه
فقسمها بين الرفقاء ولان الاحتراز عنه غير ممكن لان الاصطياد غالبا يكون في المشاجر والبراري فلا بد
من التواري فاعتبر اذا لم يقعد عن طلبه للضرورة وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يحل لانه صلى الله عليه وسلم
كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان ترك الطلب مما يستطاع عنه والمانع عنه
الضرورة لا بعد موضعها وما رويناه حجة على مالك رضي الله عنه في قوله انه اذا توارى عنه اذا لم يبت يحل واذا
مات ليلة لا يحل وكذا قول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما اصميت ودع ما انميت لان الاصماء ان يرميه فيموت
بين يديه والانماء ان يتوارى عنه ثم يموت الا ان المراد به اذا توارى عنه وقعد عن طلبه فاذا لم يقعد عن طلبه
فلا يحرم لما بينا ان ما لا يستطاع الامتناع عنه فهو عفو ولو وجد به جراحة اخرى سوى جراحة سهمه
لا يحل لانه ظهر لموته سببان احدهما موجب للحل والاخر موجب للحرمة فغلب الموجب للحرمة مع ان الموهوم
في هذا كان كالمحقق لما روينا والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ذلك قوله واذا رمى
صيدا فوقع في الماء الى آخره وذكر في المنتقى انه اذا وقع الصيد على صخرة فانشق بطنه فمات فليس هذا باختلاف
الرواية في الصحيح بل مراده مما ذكر في المنتقى اذا اصابه حد الصخرة فانشق فمات بذلك وهذا سبب لموته سوى
الذكاة ومراده مما ذكر في الاصل وهو قوله او وقع على صخرة فاستقر عليها انه لم يصبه من الصخرة الا ما يصيبه
من الارض لو وقع عليها وذلك عفو لانه لا يستطاع الامتناع عنه قوله ولا يوكل ما اصابه البندقة فمات بها
لانه تدق وتكسر ولا تجرح وهذا لان الذكاة اسم لما هو قاتل جرحا حتى يكون الموت بانهار الدم فاما ما هو
قاتل دقا فلا يكون الموت فيه بانهار الدم فكانت موقوذة وهي حرام بالنص والبندقة تعمل بالدق والكسر لا بالجرح
قوله شرط الانهار والمشروط لا يوجد عند عدم الشرط وعند بعضهم ان كانت الجراحة كبيرة حل بلا ادماء
لان عدم خروج الدم لعدم الدم فلا يكون مقصرا وان كانت صغيرة فلا يحل لان عدم خروج الدم لضيق المنفذ
لا لعدم الدم ولو ذبح شاة ولم يسل الدم منها وقد يكون ذلك اذا اكلت العناب فقال ابو القاسم الصفار رح

لا يحل لعدم معنى الذكاة وهو تسييل الدم وقال ابو بكر الاسكاف رحمه الله يحل لوجود فعل الذكاة وقال
صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة واللحيين قوله وهذا يؤيد بعض ما ذكرنا الا ان ما هو المقصود
وهو تسييل الدم وقد حصل فلا يوكل لان تسييل الدم النجس لم يحصل قوله واذا رمى صيدا فقطع
عضوا منه اكل الصيد لما بينا ولا يوكل العضو لقوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من الحي فهو ميت وهذا اذا بان
شيئا منه حيا دونه عادة كاليد والرجل والفخذ ويلية مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس ولو قده
بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه حل المبان والمبان
منه اذ لا يتوهم بقاء حيا بعد هذا فكان قتلا وهذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يحل المبان والمبان منه
في الوجوه كلها اذا مات الصيد لان الفعل وقع ذكاة فظهر اثره في الكل كما في ذكاة الاختيار ولنا ما روينا وقد ذكر
الحي مطلقا فانصرف الى الحي حقيقة وحكما لئلا يكون حيا من كل وجه وفي النوع الاول المبان منه حي حقيقة بوجود
الحيوة فيه وحكما لانه يتوهم حيوته بدون هذه الاعضاء وقد اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة
بهذه الصفة يحرم اما النوع الثاني فالمبان منه حي صورة لا حكما فانه لا يتوهم بقاؤه والحيوة فيه بعد هذا الجرح
حتى لو وقع في الماء وبه حيوة بهذه الصفة او تردى من جبل او سطح لا يحرم والحديث انما تناول الحي من كل وجه وما
ابين منه ميت الا ان ميتة حلال بالحديث قوله الفعل وقع ذكاة قلنا حكم الذكاة انما يظهر في المحل
عند خروج الروح فاذا ابين طرف منه والباقي حي لم يقع الفعل ذكاة فاذا خرج منه الروح وصار ذكاة لم يظهر
في الجزء المنفصل لان ظهور حكم الذكاة في الاجزاء على سبيل التبعية وقد بطلت التبعية بالانفصال فالحاصل
ان المبان من الحي حقيقة وحكما حرام والمبان من الحي صورة لا حكما حلال في ذلك يستقيم في المبان منه حيوة بقدر
ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما لما بينا قوله ان كان يتوهم الالتيام والاندمال لا يحل كله ان مات
لان هذا جرح وليس بابانة فكان كسائر اجزائه وان كان لا يتوهم الاندمال بان بقي معلقا بجلده حل
ما سواه لانه لوجود الابانة معنى والاعتبار للمعنى لا للصورة قوله لانه قوي الاخذ وقال صلى الله عليه وسلم
الصيد لمن اخذه الى آخره قال ان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال موته بالثاني وهو
ليس بذكاة لانه لم يبق صيدا فلا يحل بذكاة الاضطرار للقدرة على ذكاة الاختيار وهذا اذا كان الرمي الاول
بحيث ينجو منه الصيد حتى يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني فان كان الرمي الاول بحال لا ينجو منه الصيد بان يبقى فيه
من الحيوة بقدر ما يبقى في المذبوح كما لو ابان راسه يحل لعلمنا بان الموت لم يضف الى الرمي الثاني فكان وجوده
وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال يعيش منه غير انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون في المذبوح بان كان يعيش
يوما او دونه فعند ابي يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمية الثانية لانه لا عبرة بهذا القدر من الحيوة عنده وعند
محمد رحمه الله يحرم لان هذا القدر من الحيوة عبرة عنده لما عرف في موضعه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان
الاول بحال يسلم منه الصيد سواء فلا يحل ويضمن الثاني للاول قيمته غير ما نقصته جراحته لان الاول يملكه

بالاحد معنى حيث نخنه فهو كما لو تلف صيدا مملوكا له مستوحشا جراحه فلا يضمنه كملا لان قيمة المتلف
تعتبر يوم الاتلاف فكما لو قتل عبدا مريضا وهذا اعلم ان القتل حصل بالثاني فان كان الرمي الاول على حال يجوز
ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل مضافا الى الثاني ان علم ان الموت حصل
من الجرحين ولم يدر ضمن الثاني ما نقصته جراحته لانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه
ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجرحين لحصول الموت بالجرحين فكان متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن
نصف قيمته مجروحا بالجرحين لان الاول صار بحال يحل بذكوته الاضطرار لو لم يكن رمي الثاني فهو بالرمي الثاني
افسد نصف اللحم فيضمنه فان قلت لم لا يدخل ضمان نصف اللحم في ضمان نصف قيمته فان من اتلف شاة غيره يضمن
قيمتها ولا يضمن لحمها بانفراد قلت لما مات الصيد يضمن نصف قيمة الصيد مستوحشا بالجراحتين لان احدهما
بفعل الغير والاخرى ضمنها مرة ثم انما يضمن قيمة لحم النصف الاخر الذي ضمنه مرة لان كل الصيد كان
مستعابه في حقه فعلم ان تكرر الضمان لا يكون بازاء محل واحد بخلاف المستشهد به اعلم انهما لو رميا
صيدا معا او متعاقبا واصاباه معا فهو لهما وحل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح واصابته
الرميتان معا فاستويا في سبب الملك اذ يوجب المساواة في الملك وفعل كل واحد منهما مذكي للصيد
محل بما ولم يلهما وان رميا فسبق احدهما فهو له لانه اول محرز وحل وقال زفر رحمه الله لا يحل لان الاول اخرجه
من الصيدية وقد مات بالجرحين وجرح الثاني ذكوة اضطرار بعد ما صارت حركاته حركة اختيار فاجتمع المبيح
والمحرم فيحرم كما لو تعاقبا في الرمي والاصابة ولنا ان فعل كل واحد منهما يوجب الحل لانه رمى الى الصيد والمعتبر
في الحل وقت الرمي لان الحل بالذكوة وهي فعل المذكي فعله الرمي فاما في الملك فالعبرة لوقت الاصابة لان الملك
يثبت بالاحراز واحراز الصيد بالاصابة دون الرمي ولم يضمن الثاني لان المعتبر في حق الضمان حالة الرمي
وحال الرمي الثاني كان الصيد مباحا فلم ينعقد الرمي سبب الضمان وارسال الكلبين والبازين مثله في الحل والملك
ولو ارسل بازيا فاخذ الصيد وامسكه بمخلبه ولم يجرحه فقتل البازي الثاني فالصيد للثاني وحل لان يد البازي
الاول ليست يد حافظة ليقام مقام يد المالك اما القتل فهو اتلاف والبازي من اهل الاتلاف فيضاف الى صاحبه

كتاب الرهن

يقال رهنت الرجل الشيء ورهنته
عنده وارهنته لغة ورهنته صيغتي فارهنيها مني اي اخذها مني رهنا والرهن المرهون تسمية بالمصدر
والجمع رهون ورهان وقرئ بهما والرهن والرهينة الرهن ايضا والتركيب دال على الثبات والدوام
وهو في اللغة حبس الشيء محبوسا اي شيء كان باي سبب كان قال الله تعالى كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ اي
محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون حتى
لا يصح الرهن الا بدين واجب ظاهرا وباطنا او ظاهرا فاما بدين معدوم فلا يصح اذ حكمه ثبوت يد الاستيفاء ولا
استيفاء قبل الوجوب فان قلت الرهن يصح بالاعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه ولا دين قلت

الموجب الاصلي ثم القيمة ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور وهو دين ولهذا يصح الكفالة به والابراء عن القيمة
حال قيام العين ولولا ان الموجب هو القيمة لما صح الابراء عن العين والكفالة بها لا تصح وعند البعض
واذا كان الموجب الاصلي رد العين ورد القيمة مخلص فوجبت القيمة عند هلاك العين بالعقد السابق بطريق
الاستيفاء ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب فيكون رهنا بعد وجود سبب الموجب فيصح كالكفالة ولهذا
لا يبطل الحوالة المقيدة بالعين المغصوبة بالهلاك بخلاف الوديعة فان الحوالة المقيدة بها تبطل بالهلاك
وشرعيته بالكتاب وهو قوله تعالى فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ قرأ ابن كثير وابو عمرو فَرُهُنٌ مقبوضة بضم الراء
والهاء وقرأ الباقون فرهان وهو جمع الرهن وفي الرهن جمع الرهان فهو جمع الجمع وقيل هو جمع الرهن ومعنى
الاية وان كنتم في سفر ولم تجدوا الاداة الكتابة فارتهنوا ممن تداينوه رهونا ليكون وثيقة لكم باموالكم وقيل
معنى الاية فرهان مقبوضة اي ارهنوا واقبضوا الرهون وبالسنة فقد اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم
من يهودي طعاما بنسيئة ورهنه درعه وعليه اجماع الامة ولانه وثيقة لجانب الاستيفاء فصار كالوثيقة
في جانب الوجوب وهي الكفالة والحوالة فانهما يختصان بالذمة التي هي محل الوجوب اذ الذمة تصير مضمونة
الى الذمة في المطالبة او يتحول الدين من ذمة الى ذمة اصلا ثم الاولى الرهن عقد وثيقة بمال المال محل
لاستيفاء الدين منه ويلزمه بالايجاب وبالقبول وعند البعض قالوا الركن الايجاب لان الرهن عقد تبرع اذ
الراهن لم يستوجب بما اثبت للمرتهن من اليد شيئا على المرتهن فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة واختلفوا
في القبول قال بعضهم انه شرط نظاهر ما ذكر في المحيط يشير الى انه ركن فانه قال في الايمان والاجارة بدون
القبول لشيء جائز وكذا الرهن حتى يحنث حالف لا يوجر ولا يرهن بدون القبول وهكذا في المبسوط اما القبض
فشرط اللزوم وقال بعض اصحابنا هو شرط وقال مالك رضي الله عنه يلزم الرهن بالايجاب والقبول لانه عقد
يختص بالمال من الجانبين فاشبه البيع ولانه وثيقة بالدين بمنزلة الكفالة والحوالة فيلزم بالقبول والخلاف فيه
بناء على الخلاف في الهبة والصدقة ولنا ما تلونا والمصدر اذا ذكر بحرف الفاء في موضع الجزاء يراد به الامر
كقوله تعالى فَضَرْبَ الرِّقَابِ فكان هذا امرا بالرهن بهذه الصفة فيقتضي جوازه بدون هذه الصفة ولانه عقد
تبرع لانه شرع وثيقة بالدين والوثائق ليست بواجبة التحصيل ولهذا لا يجبر عليه والتبرع لا يفيد حكما
الا بامضائه كالتبرع بالاعيان هبة او صدقة وذا بالقبض فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد
فيه لوجود القبض على الكمال فلزم العقد **قوله** محوزا اي مقبوضا وهو احتراز عن رهن المشاع فلا يجوز
عندنا **قوله** مفرغا عن ملك الراهن وهو احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن وقوله مميزا اي لم يكن
الرهن متصلا بغيره اتصال خلقة كما لو رهن الثمر على رأس الشجر دون الشجر لان المرهون متصل بغير المرهون
خلقة فصار كالشائع **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لان القبض موجب
للضمان ابتداء بمنزلة الغصب فكما ان المغصوب لا يصير مضمونا بالتخلية بدون النقل فكذا المرهون

بخلاف الشراء لأن قبضه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري لا أن يكون موجبا للضمان ابتداء والأول أصح لأن
حقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية فالقبض الموجب لبدل الاستيفاء أيضا تثبت بالتخلية **قوله** فالراهن
بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الرهن لما مر أن اللزوم بالقبض إذ المقصود إجبار الراهن ليسارع
إلى قضاء الدين وذا لا يحصل إلا بثبوت يد المرتهن على الرهن ومنع الراهن عنه **قوله** فإذا سلمه إليه
دخل في ضمانه وقال الشافعي رضي الله عنه أمانة ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه وبه قال مالك رحمه الله
لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه وزعم أن معنى قوله لا يغلق الرهن
لا يصير مضمونا بالدين وقوله لصاحبه غنمه أي زوائده يكون له وعليه غرمه أي لو هلك يهلك على الراهن
ولأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين كما لا يسقط بهلاك الصك وموت الشهود وهذا
لأن عقد الوثيقة يزداد معنى الصيانة فلو قلنا بأنه يسقط دين المرتهن بهلاكه لكان ضد ما اقتضاه
العقد لأن الحق به يصير بعرض التوى وذلك ضد معنى الصيانة ألا ترى لو زاد على قدر الدين أمانة
في يد المرتهن والقبض في الكل واحد فلا يجوز أن يثبت حكم الضد بهذا القبض في البعض دون البعض ولنا أن
رجلا ارتهن فرسا على آخر فهلك عنده فقال ذهب حقك ولا يجوز أن يراد به ذهب حقك في الحبس لأنه مجبوس لا يحتاج
إلى البيان ولأنه ذكر الحق معرفا بالإضافة فيراد به المنكر الذي سبق ذكره لقوله تعالى فعصى فرعون
الرسول وقوله صلى الله عليه وسلم إذا عمي الرهن فهو بما فيه أي إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك
بأن قال الراهن لا أدري كم كانت قيمته وقال المرتهن كذلك فهو بما فيه من الدين وإجماع الصحابة والتابعين
رضوان الله عليهم على أن الرهن مضمون وإنما اختلفوا في كيفيته فقال أبو بكر وعلي رضي الله عنهما هو مضمون
بالقيمة وقال عمر وابن مسعود رضي الله عنهما هو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وقال ابن عباس رضي
هو مضمون بالدين قل أو كثر وهو قول شريح رضي الله عنه فالقول بالأمانة خرق الإجماع ولم يفهم أحد
من أهل اللغة من قوله لا يغلق الرهن نفي الضمان عن المرتهن وذكر الكرخي عن السلف كطاوس وإبراهيم وغيرهما
رحمهم الله أنهم اتفقوا على أن المراد به لا يحبس الرهن على المرتهن احتباسا لا يمكن فكاكه بأن يصير مملوكا
للمرتهن والدليل ما روي عن الزهري رحمه الله أن أهل الجاهلية يرهنون ويشرطون على الراهن أنه إن
لم يقض الدين إلى وقت كذا فالرهن مملوك للمرتهن فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله لا يغلق
الرهن وقيل لسعيد بن المسيب رضي الله عنهما أهو قول الرجل إن لم يأت بالدين إلى وقت كذا فالرهن بيع
بالدين فقال نعم **قوله** ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لأنه ينبئ عن الحبس الدائم
قال الشاعر وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا أي ارتهنت قلبه
فذهب به واحتبس قلبه عندها على وجه لا فكاك له فدل أنه يوجب حبس الرهن بالدين دائما وإنما يكون
بملك الحبس واليد وذا لا يكون إلا بالضمان وهذا كالكفالة والحوالة فإنهما للضم والنقل لغة

وضم الذمة إلى الذمة في المطالبة ونقل الدين من ذمة إلى ذمة شريعة لتطابق الشرعي اللغوي فما هو الأصل
لأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء حتى اختص بما يمكن استيفاء الدين منه وهو المال المتقوم واختص
بحق يمكن استيفاؤه من الرهن وهو الدين حتى لا يصح الرهن بالأعيان ولا بالعقوبات كالقصاص والحدود
وكان لصاحب الحق قبله حقان وجوب هو مختص بالذمة واستيفاء هو مختص بالأموال وعقد الرهن يختص
بالمال دون الذمة فعلم أنه وثيقة لجانب الاستيفاء ثم الوثيقة بالشيء إنما تكون بزيادة من جنسه فعلم
أن حكم الرهن ثبوت ملك اليد والحبس وكونه مضمونا على القابض بما استوفى به كما في حقيقة الاستيفاء فإن
المستوفى به يكون مضمونا على المستوفي فإنه على الموفي بسبب ذلك فصار قصاصا به فكذا إذا قبضه رهنا وصار
مضمونا عليه بهذه اليد فإذا هلك وجب على المرتهن للراهن مثل ما كان للمرتهن على الراهن فصار قصاصا
وفي المقاصة آخر الدينين يكون قضاء عن أولهما فيكون المرتهن مستوفيا حقه ولهذا يثبت الضمان بقدر
الدين لأن الاستيفاء به يتحقق فكان الراهن جعل قدر الدين في وعاء وسلمه إلى رب الدين ليستوفي حقه
منه فبعد هلاكه في يده يتم استيفاؤه في مقدار حقه ولهذا كان الفضل أمانة كما لو جعل خمسة عشر درهما
في كيس ودفعه لرب الدين ليستوفي دينه منه عشرة فيكون أمينا في الزيادة ولهذا جعلنا العين أمانة
في يد المرتهن لأن الاستيفاء يحصل من المالية دون العين فالاستيفاء بالعين فيكون استبدالا والمرتهن
عندنا مستوف لا مستبدل وإنما يتحقق الاستيفاء بجنس الحق والمجانسة بين الأموال باعتبار صفة المالية
دون العين فكان أمينا في العين كالكيس في حقيقة الاستيفاء ولهذا كانت نفقة الرهن على الراهن
في حياته وكفنه بعد مماته وهذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم عليه غرمه لا ما زعم ولهذا العقد يبين
أن معنى الصيانة يتحقق إذ صار المرتهن مستوفيا حقه وإنما يفوت ذلك إذا توى دينه فالاستيفاء
ليس بإبراء الحق ثم موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وفيه معنى الصيانة فإنه يقع الأمن من جحود الدين مخافة
جحود المرتهن الرهن ويعجز عن الانتفاع بالرهن فيسارع إلى قضاء الدين ومن ضرورته فراغ ذمة الراهن
عند هلاك الرهن ثم تمام الاستيفاء وذا ينافي كونه وثيقة لصيانة حق المرتهن كالحوالة فإنها توجب
الدين في ذمة المحتال عليه صيانة لحق الطالب ثم كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل وبه لا يزول معنى الوثيقة
وبه فارق هلاك الشهود والصك لأن سقوط الدين عندنا باعتبار ثبوت يد الاستيفاء إذا تم ذلك بهلاك
الرهن وذا لا يوجد في الصك والشهود وإنما لا يصير المرتهن قابضا بقبض الشراء لأن الشراء يلاقي العين
وقد مر أن العين أمانة وقبض الأمانة دون قبض الشراء فلا ينوب عنه فإذا ثبت الاستيفاء من وجه
وتم بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الربا والتحرز عن الربا واجب ولا ذلك إلا بالتحرز عن استيفاء
الدين فيجب التحرز عن استيفاء الدين لأنه لا يتوسل إلى الواجب إلا به فيجب كوجوبه بخلاف حالة القيام
لأنه يمكن نقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر الاستيفاء ولا يمكن ههنا استيفاء الصورة إلا بنقض

الاستيفاء الذي سبق ولا يمكنه ذلك بعد الهلاك فيصير ذاهبا بالدين ضرورة فان قلت لو كانت
يد استيفاء لاوجب الملك في المستوفى قلت لم يقل انه يد استيفاء بل يد وثيقة الاستيفاء والاستيفاء
حقيقة يثبت الملك وهو متأخر بالهلاك فالحاصل ان حكم الرهن عندنا ان يصير الرهن محبوسا بالدين
ويصير مستوفيا دينه من وجه بقبضه ويتقرر ذلك بالهلاك فيسقط ويسري هذا الحكم الى الولد
لانه يملك بملك الاصل في الحبس للراهن استرداده وركوبه وشرب لبنه لانه ينافي موجبه وهو ملك
الحبس للمرتهن على الدوام ورهن المشاع لا يصح لان قبضه على الدوام لا يوجد فيه اذ في المهايأة يفوت
حبسه يوم قبض الراهن وعنده يصير المرتهن احق به بيعا بدينه وعند البيع هو احق بثمنه فلذا
هلك لا يسقط الدين لانه امانة عنده ولا يسري الى الولد لان تعينه للبيع لا يقتضي تعين غيره
للبيع وصح رهن المشاع لانه يجوز بيعه وللراهن استرداده وركوبه وشرب لبنه لبقائه على ملكه
ولا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع قوله وهو مضمون اي الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين
فلو هلك في يد المرتهن وقيمته مثل دينه صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر من دينه
فالفضل امانة وبقدر الدين صار مستوفيا لان الضمان باعتبار الاستيفاء والاستيفاء بقدر الدين وان
كان اقل صار مستوفيا بقدره ورجع المرتهن بالفضل بيانه اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك
عند المرتهن سقط دينه وان كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة اخرى وان
كانت خمسة عشر فالفضل امانة عندنا وعند زفر يرجع الراهن على المرتهن بخمسة لان الرهن عنده مضمون
بالقيمة لقول علي رضي الله عنه يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة
فيكون مضمونة بقدر الدين ومذهبنا مروي عن ابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الرهن
مقبوض للاستيفاء والمقبوض لجهة الشيء كالمقبوض بحقيقته في حكم الضمان كالمقبوض على سوم
الشرى يحل بحقيقته في حكم الضمان والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها حتى
لو ميز الزيادة من الاصل بان رهن عبدا قيمته الفا درهم بالف فقتل خطأ واخذ المرتهن الفي درهم لم يكن
له حبس الكل على ان الثابت ضرورة يتقدر بقدرها ولا ضرورة في حق الضمان لصحة الرهن مع عدم الضمان
كما اذا استعار الراهن الرهن والمراد بالتراد في الحديث حالة البيع اي اذا باع الرهن يترادان على الدين
ولو كان الدين اكثر يرد الراهن وعلي رضي الله عنه وان اثبت التراد على الاطلاق من غير تفصيل بين حالة
الهلاك والبيع الا انا حملناه على حالة البيع نفيا للتعارض بين هذا الحديث وبين ما روى محمد بن الحنفية
عن علي رضي الله عنهما ايضا انه قال المرتهن امين في الفضل قوله وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه
ويحبسه به لبقاء حقه بعد الرهن وانما الرهن لزيادة الصيانة ولا يمتنع به المطالبة فاذا ظهر مطله
عند القاضي حبسه لانه جزاء الظلم وقد مر بيانه في كتاب القضاء قوله واذا طلب المرتهن دينه يعني

اذا طلب المرتهن الراهن بالدين امر المرتهن باحضار الرهن بناء على ان قبض الرهن قبض استيفاء فلو امر
بقضاء الدين قبل احضار الرهن ربما يهلك الرهن بعد ذلك او يكون هالكا قبل ذلك فيصير مستوفيا دينه
مرتين قوله واذا احضره امر الراهن بتسليم دينه اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية
كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا قوله وان طالب بالدين في غير البلد اي طالب بالدين في غير
بلد الرهن ولا حمل له ولا مؤنة الا ترى انه لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء في السلم بالاجماع فيؤمر باحضاره
وان كان له حمل ومؤنة يأخذ دينه ولا يكلف المرتهن على احضار الرهن لان المرتهن عاجز عن الاحضار والتسليم
غير واجب عليه في بلد لم يجر فيه العقد ولان هذا نقل فالواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى
مكان لان العين امانة ولكن للراهن ان يحلفه بالله ما هلك فصار كالراهن رهنه وهو دين اي الثمن لا اعيانه
لو رهنه ابتداء لا يصح لانه وان لم يكن محلا لذلك في الابتداء ولكن يثبت حكم الرهن في الدين لكونه بدلا عن المقبوض
وهو قد كان صالحا لذلك فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعا لا مقصودا فان قلت لما انتقل حكم الرهن الى الثمن وصار
خلفا له وجب ان يكلف المرتهن احضار الثمن كما يكلف باحضار الرهن قبل البيع قلت الثمن خلف في حكم تصحيح
لا بطريق انتقال حكم الرهن اليه وهذا لانه لما باع باذن الراهن خرج المبيع من ان يكون رهنا ضرورة خروجه عن ملك
الراهن فصار كانهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لكن الثمن انما يصير محلا للرهن لكونه بدلا
عن الرهن المقبوض الا ترى انه لو باع الرهن باقل من الدين كان النقصان على الراهن ولا يبطل شيء من دين المرتهن
علم ان الاول خرج عن الرهن بطريق الفسخ وصار الثمن رهنا ابتداء لا بطريق الانتقال اذ لو كان بطريق الانتقال وجب
ان يسقط الثمن بقدره ويسقط قدر النقصان عن دين المرتهن قوله يكلف لاستيفائه ثم قد حل لانه لا ضرر له في
الاحضار وفيه فراغ ذمة الراهن عن توهم الهلاك ولكن لا يسلم اليه الى ان يقبض جميع الدين قوله لان القيمة
خلف عن الرهن فلا بد من احضارها كما لا بد من احضار كل الرهن وما صار العبد دينا بتسليط من جهة الراهن بخلاف
البيع لانه صار دينا بتسليطه حقيقة فان الراهن لما امر المرتهن ببيعه كانهما تفاسخا عقد الرهن وتراضيا بكون
الثمن رهنا دينا في ذمة المشتري فلم يصر كونه رهنا بطريق انتقال حكم الرهن الاول اليه فاما هنا ما صار الرهن
قيمة بفعل الراهن بل بفعل القاتل فاذا لم يصر بفعله صار كونه رهنا بطريق انتقال حكم الرهن الاول اليه فصار
خلفا والخلف يتصف بصفة الاصل قوله ولو وضع الرهن في يد العدل وامره ان يودعه غيره ففعله
والعدل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف المرتهن احضار الرهن وامر الراهن بتسليم الدين لان الراهن
لم يرض بيد المرتهن فلا يلزمه احضار ما ليس في يده الا ترى ان المرتهن لو اخذه من العدل يكون غاصبا فلا يكلف
بلزمه احضار شيء لو اخذه يصير غاصبا قوله او ودعه فلان ولا ادري اين هو او العدل غاب بالرهن
ولم يدر اين هو لا يكلف المرتهن احضار الرهن ويجبر الراهن على قضاء الدين لان المرتهن عاجز عن التسليم قوله
لانه صار مستوفيا اي صار المرتهن مستوفيا عند هلاك الرهن من دينه بقبضه السابق فكان الثاني استيفاء

بعد استيفاء قبض الثاني بعاد ما على الربوا قوله ما لم يقبض الرهن اي يبريه وهذا لان الرهن لا يستيفي
مقصودا بالمناقصة بالعدل حتى لا يكون للراهن حق الاخذ بغير رضى المرتهن بعد المناقصة كما
قبل فصار وجود هذه المناقصة وعدمها بمنزلة فيبقى مضمونا ما بقي القبض الذي اخذ الرهن انما يثبت بالعقد
والقبض فيبقى ما بقي القبض ولو رده لا على وجه الفسخ بل على وجه العارية لا يبطل الرهن فلو هلك في يده سقط
اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن قوله وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن استخداما وسكنا ولبسا الا
ان ياذن له المالك لان الثابت له حق الحبس دون الانتفاع يكون بالعين وهو فيما يرجع الى الصورة امانة وليس
ان يبيع الا بتسليط من الراهن لان عقد الرهن لا يقتضي البيع فلا يملكه الا بوكالة من قبل المالك قوله وللمرتهن
ان يحفظ الرهن الى قوله والاصل فيه يجعله اعلم الاصل ان ما يرجع الى البقاء فهو على الراهن سواء كان في الرهن
فضل او لم يكن لان العين تبقى على ملكه وكذا منافعه مملوكة له فيكون ابقاؤه عليه لانه مؤنة ملكه كما في الوديعة
وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه واجر الراعي لانه يحتاج اليه بعلف الحيوان فهو كالطعام والشراب ومن هذا
الجنس كسوة الرقيق واجرة الظئر وكذا الدهن وسقي البستان وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه وما يرجع
الى الحفظ فهو على المرتهن وذلك مثل اجر الحافظ لان الحافظ واجب عليه والامساك حق له فيكون بدله عليه وكذا
اجر البيت الذي يحفظ فيه الرهن في الروايات المشهورة ولان الحفظ على المرتهن لا يتاكد الحفظ الا في منزله
فمؤنته تكون كذلك على المرتهن وهذا لانه في الحفظ عامل لنفسه لانه يقصد به اضجار الراهن وعن ابي يوسف رح
ان كرى الماوى على الراهن لانه بمنزلة النفقة لكونه سعيا في تبقيته وما يلزم لرد العين فهو على المرتهن وذلك
كجعل الابق لان يد الاستيفاء كانت ثابتة على المحل ويحتاج الى اعادة يد الاستيفاء لرده على المالك فيكون من مؤنة
الرد فيكون عليه وهذا اذا كانت قيمة الرهن بقدر الامانة لانه في قدر الامانة بمنزلة المودع وهذا بخلاف اجرة البيت
فانه يجب الكل على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان ذلك انما يلزمه بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل
فانما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون قوله ومداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض والفداء
من الجناية ينقسم بقدر الامانة والضمان لانها للاصلاح وبالاصلاح ينتفع المرتهن في المضمون والراهن في الامانة
والخراج على الراهن خاصة لانه مؤنة الملك فيكون عليه كالنفقة قوله والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن
ماخذ الامام لان العشر يتعلق بالعين فيكون مقدما على حق المرتهن ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما اذا استحق
بعض الرهن شايعا لان تعلق العشر بالخارج لا يخرجه عن ملكه ولهذا يجوز بيعه وله الاداء من محل اخر بخلاف
الاستحقاق قوله وما اداه احدهما يعني كل ما وجب على الراهن فاداه المرتهن بغير اذنه او وجب على المرتهن
فاداه الراهن بغير اذنه فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على الاخر بامر القاضي
رجع عليه لان للقاضي ولاية عامة فكان كصاحبه امره قوله وفرع مسئلة الحجر على الحر على اصل ابي حنيفة رحمه الله
لو بعد عليه امر القاضي حال حضوره مضى مجبورا عليه ولا يملك حجره بخلاف حال غيبته وعندهما يملك الحجر عليه ..

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قوله ولا يجوز رهن المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه موجبه استحقاق البيع في الدين
والمشاع يجوز بيعه ويجوز رهنه كالمقسوم وتقرير ما قاله اصحابنا ان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن
ويد الاستيفاء في الجزء الشائع لا يتحقق لان اليد حقيقة لا تثبت الا على جزء معين فان قلت كيف يستقيم هذا
والشيوع لا يمنع الاستيفاء حقيقة فان من كان له على غيره عشرة فدفع اليه المديون كيسا فيه عشرون درهما
ليستوفي حقه منه يصير مستوفيا حقه من النصف شايعا واذا لم يمنع الشيوع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع
ثبوت يد الاستيفاء قلت موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى والشيوع لا يمنع الملك وموجب الرهن
يد الاستيفاء فقط وذا لا يتحقق في الجزء الشائع ولان موجب عقد الرهن دوام يد المرتهن عليه من وقت العقد الى
وقت الفكاك لقوله تعالى فرهان مقبوضة فهذا يقتضي ان لا يكون مرهونا الا في حال يكون مقبوضا فيه ولان
المقصود بالرهن صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود او اضجار الراهن ليسارع الى قضاء الدين انما يحصل
هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه ونعني به استحقاق دوام اليد وجود يد المرتهن حسا وبالاعارة من الراهن
او الغصب لا يفوت الاستحقاق فلهذا لا يبطل به الرهن وذلك لا يتحقق مع الشيوع لانه يحتاج الى المهاياة
مع المالك والامساك فينتفع المالك به يوما بحكم الملك ويحفظه الراهن في نوبته يوما بحكم الرهن فهو بمنزلة قوله رهنتك
يوما ويوما لا وانه لا يجوز لانه يفوت استحقاق اليد للمرتهن في نوبة الراهن فيعدم ما هو بالعقد بما هو موجبه
فلا يصح العقد ولهذا استويا في الرهن بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة حيث يجوز فيما
لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهي فيما يقسم لا فيما لا يقسم وموجب الملك والمشاع
يقبله والقبض شرط تمام ذلك العقد فراعي وجوده في كل محل بحسب الامكان وموجب الرهن ثبوت يد
الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولهذا لم يجز رهن المشاع من الشريك ايضا لان موجب
العقد لا يتحقق فيما اضيف العقد سواء كان العقد مع الشريك او مع الاجنبي وعلى الوجه الثاني فيسكن يوما
بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فصار كانه رهن يوما ويوما لا فان قلت اليد الحقيقية غير معتبرة فان الرهن يتم بالتخلية
قلت الاصل لم يعتبر الحقيقة لان الرهن عبارة عن الحبس فيجب اثبات الحبس بما هو مقصود وهو الحقيقي
الا ان التمكن من الحبس اقيم مقامه فلا بد من اثبات التمكن والتمكن من اثبات اليد حقيقة غير ثابت في الشائع فلم
تكن التخلية ممكنا ولانه لو ثبت حكم الرهن انما يثبت عند التخلي بجميع العين او عند بعض جميعه فاذا كان موجب
العقد لا يتحقق الا باعتبار ما ليس بمعقود عليه لا ينعقد العقد كما لو استاجر احد زوجي المقراض ليقرض به ثوبا
الباب قوله والشيوع الطارئ بان رهن جميع العين ثم تفاسخا العقد في النصف ورده المرتهن كالمقارن
في انه مبطل في الصحيح حتى قال في العقد اذا سلط على بيع الرهن كيف شاء فباع نصفه بطل الرهن في النصف
الباقي وعن ابي يوسف ان الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء حكم الرهن كما لا يمنع بقاء الهبة لان البقاء اسهل

من الابتداء الا ترى ان صيرورة المرهون مشغولا بحق المرتهن يمنع ابتداء الرهن ولا يمنع بقاءه حتى اذا اتلف
المرهون انسان او بيع المرهون بمثل القيمة او الثمن رهنا في ذمة من عليه وابتداء عقد الرهن مضافا الى
دين في الذمة لا يجوز وجه الاول ان الكلام وقع في محل الرهن وما يرجع الى المحل فالبقاء والابتداء فيه سواء كالمحرمية
في النكاح فان قلت اذا زوج الاب ابنه من مكاتبته جاز ولا يبطل بموت الاب وان تزوجت مكاتبته ابتداء
لا يجوز قلت لان المكاتبة لا تملك بسبب من الاسباب فكذا بالوراثة فيما اذا تزوجت مكاتبته لا يجوز لان الملك
ثابت لها من وجه ونكاح المملوك من وجه او من كل وجه لا يجوز بخلاف الهبة لان الشيوع محل الحكم الهبة فان حكمها
الملك والشيوع يصلح لذلك العقد انما اعتبر في الابتداء لنفي الغرامة على ما مر ولا حاجة الى اعتبار هذا
المعنى في حالة البقاء الا ترى ان الواهب لو رجع في بعض الهبة بقيت الهبة في الباقي لا يجوز فسخ العقد
في بعض الرهن قوله فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز الرهن كرهن المشاع اذ
لا يمكن قبض المرهون وحده وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه رهن الارض بدون الاشجار يصح لان
اسم الشجر يقع على النابت على الارض لهذا سمي بعد القطع حطبا لا شجرا فكان استثناء الاشجار بمواضعها
من الارض فكان عقد الرهن متناولا ما سوى ذلك الموضع وهو معنى معلوم بخلاف ما لو رهن الدار دون البناء
حيث لا يصح لان البناء اسم للمبني دون مكانه من الارض فصار راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن
قوله ولو رهن النخل بمواضعها جاز لانه رهن بقعة معينة ومجاورته لغيره لا تمنع صحة الرهن ولو كان
في ذلك ثمر دخل في الرهن لانه تابع للمرهون لاتصاله به فاذا استوعب في العقد ولا صحة له الا بعد دخول الثمر
في العقد فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف ما اذا باع النخل حيث لا يدخل الثمر لان بيع النخل دون الثمر صحيح
فلم يكن بنا حاجة الى ادخال الثمر فيه بغير تسمية ولو كان في الدار متاع قليل او كثير من اثاث البيوت وغير
ذلك مما ينتفع به لم يتم الرهن حتى يفرغ لان الدار مشغولة بما فيها فيمنع من التسليم ولو رهن الدار وما
فيها وخلى بينه وبين ذلك وهو خارج منها تم الرهن لان الكل مرهون فتم القبض في الكل فان قلت هلا دخل
المتاع في الرهن وان لم يسم تصحيحا للعقد كالثمر قلت الثمر تابع للنخل الا ان هذه التبعية ليست بلازمة
لانها للقطع فجاز ان تدخل في الرهن فاما المتاع فليس بتابع بوجه ما فلا يدخل بغير تسمية قوله ولو رهن
الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ينظر الى الباقي فان كان يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته
والا بطل الكل لان المستحق لم يدخل في الرهن فكان الرهن واردا على الباقي قوله ويمنع التسليم كون الراهن
او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم
حتى يلقى الحمل لانها مشغولة بالحمل كشغل الدار بالمتاع ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا
او ملكه الا الحمل لان الرهن ليس بمشغول بغيره ولا هو تابع له فالحاصل انه لا يتم تسليم المشغول بالراهن او ملكه الا اذا له
السواهل بخلاف ما اذا كان الرهن شاغلا لا مشغولا حيث يتم تسليمه كما اذا رهن الحمل على دابة او المتاع في دار

او وعاء دون الدابة والدار والوعاء حيث يتم التسليم قبل اسقاط الحمل واخراج المتاع عن الوعاء والدار
لان المرهون فيها شاغل وليس بمشغول بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة
مع السرج واللجام حيث لا يتم الرهن حتى ينزعه منها ثم يسلمه لانه تبع للدابة بمنزلة الثمرة للنخل حتى قالوا
يدخل في البيع من غير ذكر قوله ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال
الشركة بناء على ان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن فكان قبض الرهن مضمونا ولا بد من ضمان سابق ليقع
القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه قوله والرهن بالدرك باطل وتصح الكفالة بالدرك والفرق
ان الرهن مشروع للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب لان الواجب هو الذي يستوفى في ضمان الدرك هو ضمان
الثمن عند استحقاق المبيع فلا يجب قبل استحقاق المبيع فلا يجب قبل الاستحقاق قوله واضافة التمليك الى
زمان في المستقبل لا يجوز يعني لا يصح الرهن مضافا الى حال وجود الدين لان الاستيفاء معاوضة فلا يحتمل
الاضافة لان اضافة التمليك الى زمان المستقبل لا يجوز اما الكفالة فمشروعة لالتزام المطالبة لا لالتزام
اصل الدين والتزام الافعال يصح مضافا الى زمان المستقبل كالتزام الصدقات والصيامات بالنذر
ولهذا لو كفل بما ذاب له على فلان يجوز ولو رهن بما عند رجل بما يذوب له عليه لا يجوز وتفسير الرهن في الدرك
ان يبيع رجل سلعة وقبض ثمنها وسلمها وخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن من البايع رهنا فالرهن بالدرك
فانه باطل حتى لا يملك حبس الرهن حل الدرك او لم يحل واذا هلك الرهن عنده كان امانة حل الدرك او لم يحل
لانه عقد حيث وقع باطلا قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم
فقبض الرهن وهلك في يد المرتهن قبل ان يقرضه الالف فانه يهلك مضمونا على المرتهن حتى يجب على المرتهن تسليم الالف
الى الراهن بعد الهلاك لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة فكان الرهن حاصلا بعد القرض حكما
اذ الظاهر انه يجري الخلف في الوعد فكان مفضيا الى الوجود غالبا بخلاف الرهن بالدرك لان الدرك لا يكون موجودا
غالبا اذ الظاهر ان المسلم يبيع مال نفسه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فاعطي له
حكمه كالمقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض لانه مقبوض بجهة الشراء فجعل كالمقبوض بحقيقته
في ايجاب الضمان غير ان المقبوض على سوم مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت لا بالمسمى من الثمن والمقبوض على سوم
الرهن مضمون بما سمي لا بالقيمة لان ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وليس بضمان ابتداء فيتقدر بالدين ضرورة
وضمان البيع ضمان ابتداء يجب بالعقد وليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر
ايجاب المسمى كضمان الغصب قوله ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رحمه الله لا يجوز بناء
على انه لو صح لصار مستوفيا له وهو استبدال لعدم المجانسة والاستبدال بهما لا يجوز ولنا انه رهن بمضمون
بمضمون فيصح كما يصير مستوفيا باعتبار المالية والمجانسة ثابتة من حيث المالية فيتحقق الاستيفاء قوله لفوات
القبض حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لانه يكون بالهلاك فلا استيفاء قبله قوله وان هلك الرهن

بالمسلم فيه صار المرتهن مستوفياً للمسلم فيه لما مرّ لأن **قوله** ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهناً
برأس المال حتى يحبسه لأنه بدله فصار كالمغصوب إذا هلك به رهن حيث يكون رهناً بقيمته لأن للبدل حكم المبدل
قوله ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لا برأس المال لأنه مرهون بالطعام حقيقة وإنما ظهر
أثره في رأس المال في الحبس لأنه بدله وقائم مقامه فإذا هلك يهلك بالأصل حتى يجب عليه رد مثل الطعام المسلم فيه
بقبض رأس المال لأن حكم الرأس قد بقي إلى أن يهلك فصار بهلاك الرهن مستوفياً طعامه من حين قبض فصار كأنه قبض
الطعام ثم تفاسخا ولو كان كذلك لكان عليه رد الطعام وقبض رأس المال فكذلك هذا كذا في المبسوط **قوله**
ولا يجوز الرهن بالشفعة لأن الشفيع غير مضمون على المشتري إذا هلك لم يلزم المشتري ضمان **قوله** ولا بالعبد
الجاني أي لا يجوز الرهن بالعبد الجاني والعبد المديون لأنه غير مضمون على المولى فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء **قوله**
ولا بأجر النائحة أي لا يجوز الرهن بأجر النائحة والمغنية لأن الدين غير واجب **قوله** ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمراً
أو يرتهن من مسلم أو ذمي لأن الرهن إيفاء والارتهان استيفاء والمسلم لا يمكنه إيفاء الدين من الخمر ولا استيفاؤه إلا
أن الراهن إذا كان ذمياً مسلم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب **قوله** بخلاف ما إذا جرى والمرتهن مسلماً
فالخمر مضمونة على المسلم للذمي بأقل من قيمتها من الدين كما يضمنها بالغصب وإن كان المرتهن ذمياً مسلم يضمنها للمسلم
كما لا يضمنها بالغصب **قوله** بخلاف ما إذا جرى ذلك أي عقد الرهن فيما بين أهل الذمة فهو صحيح لأنها مال في حقهم
قوله ولو اشترى عبداً أو خلاً أو شاة مذبوحة ورهن بثمن عبداً أو بثمن خل أو بثمن ذبيحة أو ببدل صلح عن إنكار
واستحق العبد أو وجد حراً أو خمراً أو ميتة أو تصادقا أن لا دين صح الرهن بناء على أن الدين يجب ظاهراً وهو كاف
لأنه كالدين الموعود **قوله** وعن أبي يوسف خلافه يعني في الفصل الأخير وكذا قياس قوله في غيرها
من الفصول فيما يعرّم من جنسه وجه قوله أنه لما علم حقيقة خلاف ما سمياه كان اعتبار الحقيقة أولى بأنه لا دين فلا
يصح الرهن لأن المرهون مضمون على القابض **قوله** ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبداً لابنه الصغير
بناء على أن هذا إيداع أيضاً إذ عين الرهن أمانة وهو يستبد بإيداع ماله على وجه لا يكون مضموناً على المودع
فلأن يكون يستبد بإيداع ماله على وجه يكون مضموناً على المودع أولى لأن المرتهن أشد حفظاً من المودع لما يلحقه
من ضرر سقوط الدين عند الهلاك ولا ضرر يلحق المودع عند الهلاك **قوله** والوصي بمنزلة الأب في هذا الباب لما
وعن أبي يوسف وزفر رضي الله عنهما أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس لأنه يقضي دينه من مال اليتيم فلا يجوز كما
لو قضاه قصداً ولأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما أن للأب والوصي أن يودعا مال الصغير وهذا أنفع للصغير
من الإيداع لما بينا بخلاف حقيقة الإيفاء لأنه إخراج ذلك العين من ملك الصغير بغير عوض يدخل في ملكه يعادله
في المال فلا يستبدان بهما وهذا لا يخرج من ملكه بل فيه نصب حافظ لماله بإحرازه مع بقاء ملكه فافترقا وإذا جاز
الرهن يصير المرتهن مستوفياً دينه إذا هلك عنده ويصير الأب والوصي موفياً دينه فيضمنه للصبي لأنه قضى دينه
بماله وكذا لو سلط المرتهن على بيعه لأنه يوكل بالبيع ولهذا ذلك في مال الصغير وفي الحقيقة هلك المسلم يبقى على

على البيع فإن الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه بمثل ما عليه من الدين جاز ويصير الثمن قصاصاً بدينه ويضمنه
للصبي عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله لا يصير الثمن قصاصاً بدينه وكذا الوكيل بالبيع يعني إذا كان للمشتري
من الوكيل دين على الوكيل يصير الثمن قصاصاً لأن الثمن يثبت للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل وعند أبي يوسف رحمه الله لا يصير قصاصاً
بناء على أصل أبي يوسف أنه لا يملك قضاء دين نفسه بمال الصبي بطريق البيع وكذا بطريق الرهن وعندهما
لما ملك ذلك بطريق البيع ملك أيضاً بطريق الرهن لأن الرهن نظير البيع من حيث إنه يصير قاضياً دينه عند هلاك الرهن
ضامناً مثله للصبي **قوله** وإذا رهن الأب من نفسه أو من ابن صغير له أو عبد له تاجر لا دين عليه متاع الصغير
جاز إلى آخر ما ورد في المتن **قوله** ولو ارتهنه الوصي من نفسه بما كان له من دين على الصبي أو رهن من ابن له صغير
للوصي أو عبد للوصي لم يجز وهنا عنينا للوصي من اليتيم بحق التقيم على الوصي لأجل أنه وكيل حقيقة وحقوق العقد ترجع
إليه والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع ولا يمكن أن يلحق بالأب لقصور شفقته وولايته وكونه
متهماً ورهن الوصي من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه فلا يصح كما لو رهن من نفسه
قوله بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده المديون يعني لو رهن الوصي مال اليتيم عند هؤلاء يجوز بناء على أن الوصي
من كسب هؤلاء بمنزلة الأجنبي هو أحق بالكسب من الوصي وهذا بخلاف الوكيل بالبيع فإنه لا يبيع من هؤلاء لأنه
في البيع متهم بناء على أن البيع يشتمل على أمانة يحلف وفي حق الرهن لا يكون متهماً لأن حكم الرهن واحد وهو أنه
مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبي فلا استيفاء التهمة بعد ذلك **قوله**
وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه ورهن به متاعاً لليتيم جاز لأن له أن يقضي هذا الدين من مال اليتيم فإنه
استدان لحاجته فله أن يرهن به أيضاً **قوله** فإذا رهن الأب متاع الصغير عند رجل بدين نفسه أو بدين
الصغير ومات الأب لم يكن للولد أن يرد أي يسترد الرهن حتى يقضي الدين لأنه تصرف لازم من الأب حال
قيام ولايته وهو في ذلك قائم مقام الولد أن لو كان الولد بالغاً فإن كان الأب رهنه لنفسه وقضاه الابن
يرجع به في مال الأب لأنه لا يتوصل إلى عين ماله إلا بقضاء الدين فكان مضطراً فيه إذا قضى الدين
وكذا إذا هلك الرهن قبل أن يفتكه لأن الأب صار قاضياً دينه عند الهلاك بماله فللابن أن يرجع عليه **قوله**
وكذلك لو اشترى الوصي لليتيم شيئاً ورهن أو ارتهن لأن الرهن وسيلة للاستيفاء فيملكه من يملك حقيقة الإيفاء والاستيفاء
والأولى للوصي التجارة بمال اليتيم فيحتاج إلى الرهن والارتهان **قوله** ولو رهن الأب متاعاً لولده الصغير
بمال أخذه لنفسه وللصغير جاز لأنه يملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد فكذا بدينهما فإن هلك
الرهن ضمن الأب حصته من ذلك والوصي في ذلك كالولد لأنه بهلاك الرهن صار قاضياً دينه ودين الصغير بمال
الصغير فيضمن للصغير حصته من ذلك والوصي في ذلك كالأب بعد موته **قوله** ولو رهن الوصي متاعاً
لليتيم في دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصي من المرتهن لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي
فقد خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لأن الوصي فيما يصرف لليتيم قائم مقام اليتيم أن لو كان بالغاً ولو كان

بالغاصب هنا بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لانه هنا هلاك الرهن يصير المرتهن
مستوفيا ولا يمكن ان يجعل رب الدين مستوفيا دينه باعتبار يد المديون واذا لم يسقط الدين بهلاكه
رجع المرتهن على الوصي بالدين كما كان رجع به قبل الرهن ثم يرجع به الوصي على الصبي لانه متعد في هذه
الاستعارة لانه استعاره لحاجة اليتيم وله هذه الولاية **قوله** ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه
كما بين في المتن **قوله** ولو رهن الوصي مال اليتيم ثم غصبه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده
فالوصي ضامن القيمة لانه بالغصب صار خائنا في حق المرتهن بمعنى اليد المستحقة وفي حق الصبي بالاستعمال
في حاجة نفسه فيقضي منه الدين اذا حل الفصل لليتيم لو كانت القيمة اكثر من الدين ولو كانت قيمته اقل
من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة فقط وان
كانت قيمته مثل الدين ادى الى المرتهن فلا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فوقع
التقاص وان لم يحل الدين فالقيمة رهن لقيامها مقام الرهن فاذا حل الاجل كان الجواب على هذا التفصيل
الذي مر **قوله** فلو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه
لحق الصغير الى اخر ما قرر في المتن **قوله** ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون بناء على انها
محل الاستيفاء فكانت محلا للرهن فان رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين ان اختلفا في الجودة اذ لا عبرة
للجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان عنده يصير مستوفيا
لحقه باعتبار الوزن دون الجودة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه لانه لو صار
مستوفيا يتضرر المرتهن فالاصل عنده ان حالة الهلاك حالة الاستيفاء والاستيفاء انما يكون بالوزن
وعندهما حالة الهلاك حالة الاستيفاء اذا لم يتضرر احد بيانه اذا رهن ابريق فضة وزنه عشرة وهلك
فان كانت قيمته مثل وزنه عشرة سقط الدين بالاتفاق لان بالوزن والقيمة وفاء بالدين فلا ربوا فيه
ولا ضرر فصار كثوب قيمته عشرة وكذا ان كانت قيمته اكثر من وزنه سقط الدين بالاتفاق اما عنده فلا تعتبر
الوزن وهو مثل الدين واما عندهما فلان بالوزن والقيمة وفاء بالدين وزيادة الجودة امانة وان كانت
قيمته اقل من وزنه فكذا عنده اعتبارا بالوزن وبالوزن وفاء بالدين وعندهما يضمن المرتهن قيمته من خلاف
جنسه لانه لو صار مستوفيا بحقه باعتبار القيمة لصار مستوفيا كماله بحسبه من حيث الوزن
فيكون ربوا فلهذه الضرورة عدلنا الى التضمين بخلاف الجنس ووجب القول بنقض الاستيفاء واذ لا يمكن ان يجعل
كان لم يهلك ولان ضمان الرهن استيفاء والاستيفاء بالوزن وفي الوزن وفاء بالدين فيجعل مستوفيا كمال
حقه وهذا لان الاستيفاء الجيد بالردي صحيح كما لو تجوز به وقد وقع الاستيفاء بالاجماع لانه من جنس حقه
وقد نقض على وجه الاستيفاء ولهذا احتاج الى نقضه ونقضه بالضمان غير ممكن لان الضمان لا بد له من مطالب
ومطالب ولا يمكن تحقيقه في الشخص الواحد ولان الانسان لا يضمن ملك نفسه حتى تعذر التضمين عليه تعذر

النقض لانه انما ينقض استيفاؤه اذا لم يرض به وقد رضي به لانه متى قبض الرهن مع علمه بانه يصير مستوفيا
بالهلاك فقد رضي لوقوع استيفائه بدون صفة الجودة فصار كما لو استوفى الزيوف مكان الجيد وهو عالم به وقيل
هذه المسئلة فرع ما اذا استوفى الزيوف مكان الجيد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف عنده ثم علم بالزيافة فانه يسقط
دينه ولا شيء عليه في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف يضمن ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد رح
اولا كقول ابي حنيفة واخرا كقول ابي يوسف كذا ذكر عيسى بن ابان رحمه الله والاصح ان هذه المسئلة مبتداة
لان محمدا مع ابي حنيفة رضي الله عنه في تلك المسئلة في المشهور ومع ابي يوسف في هذه المسئلة والفرق لمحمد انه قبض
الزيوف عنه ليستوفي حقه من عينه والزيافة لا تمنع صحة الاستيفاء فتم الاستيفاء ولزم بالهلاك وفي باب الرهن
ما احرزه ليستوفي عينه بالدين بل يستوفي من محل اخر فلابد من نقض القبض وقد امكن نقضه باداء الضمان عنده
قوله ولو انكسر وقيمته مثل وزنه عشرة فعند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما الراهن بالخيار
ان شاء افتكه ناقصا بكل الدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من جنسه او من خلاف جنسه لانه ممكن فيه الربوا ويكون
الضمان رهنا عند المرتهن فالضمان قائم مقام الاول ثم يصير المضمون اي المرهون ملكا للمرتهن بالضمان ولا يجبر الراهن
على الفكاك لانه ان ذهب شيء من الدين بذهاب الجودة يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد والجودة لا قيمة لها عند
الانفراد ولو الزمناه الفكاك بجميع دينه من غير ان يذهب شيء من الدين مع النقصان حصل تضرر الراهن لفوات
حقه في الجودة مجانا على الوجه الذي بينا **قوله** وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا بكل الدين وان شاء جعل بالدين
فيصير ملكا للمرتهن بدينه وليس للراهن ان يضمنه قيمته لانه مضمون بالدين بالاجماع لو هلك فكذا اذا انكسر
اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا لما بينا صار في معنى الهلاك فيعتبر بالهلاك
الحقيقي ولانه بنفس القبض صار مضمونا بالدين بالاجماع على وجه يتقرر الضمان بالهلاك فلا يجوز ان يكون مضمونا
بالقيمة لان العين الواحدة لا يجوز ان يكون مضمونة ضمانين مختلفين فبطل ان يصير وزنه مضمونا بالدين لان
يجعل مضمونا بالقيمة مقدار الدين لانه عهد استيفاء وسقوط الدين في الاستيفاء الحقيقي باعتبار ان يجعل مضمونا
بالقيمة عليه ثم يقع المقاصة بين ماله وبين ما عليه في الاستيفاء الحكمي جعله مضمونا بالدين في حال قيامه يؤدي
الى اغلاق الرهن فانه حكم جاهلي مردود في الشرع على ما نفاه رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لا يغلق
الرهن الحديث فصرنا الى التضمين بالقيمة وانه لا يؤدي الى الاغلاق لا سقاط حكم الرهن الى مثله **قوله** وفي الوجه
الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية ضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه تحرزا عن الربوا او رديا من جنسه
ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فلان حالة الانكسار حالة التضمين بالقيمة في كل حال واما عند محمد رح
فلانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك وعنده في هذا الوجه لو هلك يضمن المرتهن قيمته ولا يصير مستوفيا لمكان
الربوا او للضرر فكذا اذا انكسر **قوله** وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثنى عشر فعند
ابي حنيفة رضي الله عنه ان شاء افتكه بكل الدين وان شاء ضمن قيمته من خلاف جنسه بالغة ما بلغت ويكون رهنا عنده

لان الواجب عنده في حالة الانكسار ضمان القيمة والعبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة في هذا الباب
بان كان باعتبار الوزن كله مضمونا بان كان كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وجميع الوزن مضمون فتبعته
الجودة لانها تابعة للذات ومتى صار الذات مضمونا استحال ان يكون الوصف امانة لان التبع لا يخالف الاصل
وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس المكسور ملكا له بالضمان وسدس المكسور
مفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا لان الشيوع الطارئ في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن لما عرف وعن ابي يوسف
ان الشيوع الطارئ لا يمنع فلا يحتاج الى التمييز ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا عنده بالدين
لان من اصل ابي يوسف انه يعتبر الضمان والامانة في الوزن والجودة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن
كان وزنه اثنا عشر لان الجودة متقومة في ذاتها ولهذا اعتبرناها عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف
الرهن حتى لو باع ابريق فضة وزنه مائة وقيمته مائتان لصياغته بمائة يحجر المالك لو بيع بالعين وفي
تصرف الاب والوصي العصبة ايضا لم يعتبرها عند المقابلة بجنسها لان الشرع جعل المساواة في الاموال الربوية
في الذوات شرطا لجواز العقد شرعا لا ان الجودة هدر وعند محمد ان انتقص بالانكسار من قيمته درهم او درهمان
يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين فان انتقص اكثر من ذلك يخير الراهن فان شاء جعله للمرتهن بدينه
وان شاء افتكه ناقصا بجميع الدين لان من اصله ان الضمان في الوزن والامانة في الجودة والصنعة لان الجودة
او ما تبعه للوزن والحكم في الرهن على الاصالة بما هو المضمون لانه عقد ضمان واستيفاء وصفة الامانة في الرهن
تابعة فيجعل الاصل بمقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع الا ان ينفصل شيء من الضمان فحينئذ يصرف الى
الجودة ضرورة ولو كان وزنه ثمانية وهلك سقط من دينه ثمانية قلت قيمته او كثرت وساوت في قول ابي حنيفة
لان العبرة للوزن عنده وكذا عندهما ان كانت قيمته مثل وزنه وان انتقصت او زادت وكانت سبعة
او تسعة او عشرة ضمن قيمته خلافا فان كانت اثني عشر ضمن خمسة اسداسه قوله ومن باع عبدا على ان يرهنه
المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس لا واستحسانا اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس
فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه ولانه شرط لا يقتضيه
العقد لان ما يقتضيه العقد يجب بالعقد بدون الشرط كتسليم المبيع على البائع او تسليم الثمن على المشتري
وفيه منفعة لاحد العاقدين ومثله يفسد العقد وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان
المقصود بالكفالة والرهن التوثق بالثمن فاشتراطها في معنى اشتراط زيادة وصف الجودة في الثمن فاذا كان
الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا المعنى وهو الملائمة فصححنا العقد وان لم يكن الرهن ولا
الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا اعتبرنا عين الشرط فيفسد لانه لم يبق معنى الكفالة والرهن
للجهالة ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح قوله فلو امتنع المشتري لم يرهنه يعني لو ابى المشتري
ان يرهنه ما سمي لم يجبر عليه وقال زفر رحمه الله يجبر لانه في ضمن عقد لازم فيصير الوفاء به مستحقا كالعدل

في الرهن اذا سلط على البيع كان مجبرا عليه ولا يملك الراهن عزله عنه ولنا ان عقد الرهن تبرع من جانب الراهن
ولا جبر على التبرع وانما صار حقا من حقوقه اذا وجد ولم يوجد بعد والوعد بالرهن لا يكون من قبل الرهن لان
ولو رهنه لا يلزمه ما لم يسلم فلان لا يصير لازما بالوعد اولى لكن اذا ابى المشتري ان يرهنه فللبائع ان يفسخ
العقد لان رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه لا يكون راضيا واذا لم يتم رضاه كان له ان يفسخ او يرضى
بترك الرهن الا ان يدفع المشتري الثمن حالا او يدفع قيمة الرهن رهنا لحصول المقصود وهو الاستيفاء
انما يتعلق بالمعنى وهو القيمة لا الصورة امانة قوله ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع
امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لان هذا الكلام يؤدي معنى الرهن وهو الحبس الدائم الى وقت
الفكاك والعبرة في العقود للمعاني فان من قال لرجل ملكتك هذا العبد بالف درهم يكون بيعا والكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وعند ابي يوسف وزفر رضي الله عنهما لا يكون
رهنا بل يكون وديعة لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والايداع اقل الامرين فيثبت بخلاف ما لو
قال امسكه بدينك حيث يكون رهنا بالاجماع لتعيين جهة الرهن حيث قابله بالدين فلما مد الى غاية الاعطاء
فقد تعين جهة الرهن ايضا حتى يحكم الرهن فصل ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة احدهما لم يكن له ان
ياخذه حتى يؤدي باقي الدين في البيع وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما بيانه اذا رهن عبدين
قيمة كل واحد منهما الف بالف ثم ادى خمسمائة عن احدهما فليس له قبضه لان الصفقة متحدة وقصد المرتهن
اضجار الراهن ليسارع الى قضاء الدين فلو تفرد الراهن بالتفريق ياخذ ما يحتاج اليه فيتكاسل في قضاء الباقي
فلا يحصل المقصود ولهذا اذا نقد المشتري بعض الثمن واراد ان ياخذ بعض المبيع لا يملك ذلك وكذا ههنا
والجامع ان كل واحد من المبيع والمرهون محبوس بكل الدين والثمن فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائهما ليكون
حاملا على قضائهما قوله فان سمى لكل واحد شيئا من المال الذي رهنه به بان قال رهنتك هذين العبدين
كل واحد منهما بخمسمائة وسلمهما اليه ثم نقد خمسمائة وقال هذه عن هذا العبد واراد ان ياخذ ذلك العبد
ان يقبضه في رواية الزيادات وفي رواية الاصل لم يكن له ذلك لان الصفقة متحدة لاتحاد الموجب
والعاقد وعند اتحادهما لا يتفرق الصفقة بتفريق التسمية كما في البيع وجه رواية الزيادات وهو
الاصح ان البيع لا يتفرق بتفريق التسمية عند اتحاد العقد وفي الرهن يتفرق ولهذا لو قبل المشتري
البيع في احدهما دون الاخر لا يصح ولو قبل المرتهن العقد في احدهما عند التسمية صح وانما افترقا لان ضم
الردي الى الجيد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفريق التسمية كان للمشتري
ان يقبل الجيد فيتضرر البائع ولو رهن بتفريق التسمية لا يتضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما
لو تفرقت الصفقة يصير القابل شارطا في الاول هو شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد
بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما

عليه جاز سواء كان باسر يكن فيه او لا وجعل رهنا عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى كل العين في صفقة
واحدة ولا شيوع في المحل باعتبار تعدد المستحق وموجبه صيرورته محبوسا بالدين وهذا مما لا يقبل
الوصف بالتجزي فصار محبوسا بدين كل واحد منهما وكان استحقاق الحبس لهما استحقاقا واحدا من غير
انقسام بينهما بخلاف الهبة من اثنين عند ابي حنيفة رضي الله عنه فان هناك لا بد من انقسام الحكم وهو
الملك بينهما او يستحيل اثباته لكل واحد منهما على الكمال في محل واحد فيدخل فيه الشيوع ضرورة وفيما نحن
فيه لا حاجة الى هذا لان العين الواحد يجوز ان يكون محبوسا بحق كل واحد منهما اذ لا تضايق في استحقاق
الحبس الا ترى ان الرهن الواحد لا ينقسم على اجزاء الدين بل يكون محبوسا كله بكل جزء منه فكذا هنا يكون
العين محبوسا بحقهما وبحق كل واحد منهما فلا يدخل فيه الشيوع **قوله** والمضمون على كل واحد منهما حصته
لانه اذا هلك صار كل واحد منهما مستوفيا بقدر حقه لان الاستيفاء مما يقبل الوصف بالتجزي **قوله**
وعلى حبس المبيع اذا اشترى رجلان من رجل فادى احدهما حصته لم يكن له ان يقبض شيئا وكان للبائع ان
يحبس الجميع حتى يستوفي ما على الآخر **قوله** واذا رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز
والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض المرتهن حصل في الكل من غير
شيوع وتفرق املاكهما لا يوجب شيوعا في الرهن فانه يجوز ان يكون ملك الغير مرهونا بدين الغير كما في الاستعار
للرهن **قوله** فان اقام الرجلان صورته رجل في يده عبد ادعاه رجلان كل واحد منهما يقول الذي في يده قد رهنيه
بالف درهم وقبضته منه واقاما البينة على ما ادعيا ففي القياس لا يقضى لواحد منهما بشيء لانه لا يخلو
اما ان يقضى برهن كل واحد منهما جميعا او يقضى لكل واحد منهما برهن على حدة او يقضى لاحدهما بعينه لا وجه
الى الاول لانهما لم يدعيا هكذا اذ كل واحد منهما يدعي رهنا على الانفراد ولا وجه الى الثاني لانه لا يخلو اما ان
يقضى لكل واحد منهما بكله او لكل واحد منهما بنصفه لا يجوز الاول لاستحالة ان يكون العبد الواحد كله رهنا
لذلك في حالة واحدة ولا الى الثاني لانه يؤدي الى الشيوع ولا وجه الى الثالث لعدم الاولوية فتعين
التهاتر وليس هذا كالرهن من رجلين لان هناك العقد من جانب الراهن واحد وههنا كل واحد يثبت
عقدا آخر كالرهن من رجلين بعقدين مختلفين او بتسمية متفرقة فانه لا يجوز وفي الاستحسان يقضى
بينهما رهنا واحدا كانهما ارتهناه معا لانه متى جهل التاريخ صار كانهما وقعا في حالة واحدة فصار
كانه رهنه منهما كما لو ادعيا تلقي الملك بشراء من رجل واقاما البينة فانه يجعل في الحكم كانه باعه منهما جملة
حتى يقضى بينهما نصفين والماخوذ هو القياس لقوته كما بينا وضعف وجه الاستحسان لانه عمل
على خلاف ما قامت به البينة لان كل واحد منهما اثبت ببينته حبسا هو وسيلة الى مثله من الاستيفاء
ولو جعلناه كالرهن من اثنين لصار لكل واحد منهما حبس هو وسيلة الى شطره من الاستيفاء والحكم
بخلاف الحجة باطل اذا وقع باطلا فلو هلك هلك بامانة لان الباطل لا حكم له **قوله** ولو مات الراهن

والعبد في يديهما واقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا فهو باطل في القياس وهو قول ابي يوسف رحمه الله
وفي الاستحسان يقضى لكل واحد منهما بنصفه رهنا يبيعه بحقه وهو قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وجه
القياس ان الحبس للاستيفاء حكم مقصود بعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن لا محالة والقضاء
بعقد الرهن على سبيل الشيوع باطل فكذا القضاء بحكمه وجه الاستحسان ان المقصود بعد موت الراهن
اثبات الاختصاص وهو كونه احق به من سائر الغرماء دون الحبس وكل واحد منهما يثبت لنفسه الاختصاص بالعين
حتى يباع له في دينه وهذا مما يحتمل الشركة فيقضى لكل واحد منهما بالنصف اما في حالة الحيوة فالمقصود هو الحبس
ودوامه لا يحتمل الشركة اذ الشائع لا يدوم حبسه ونظيره ما لو ادعى رجلان نكاح امراة بعد موتها واقام كل
واحد منهما البينة يقضى لكل واحد منهما بنصف ميراث الزوج بخلاف حالة الحيوة وكذا لو ادعت اختان
نكاح رجل بعد موته واقامتا البينة يقضى لكل واحدة منهما بالمهر وبنصف ميراث النساء بخلاف حال
الحيوة لان الميراث هو المقصود بعد الموت وهو مما يحتمل الشيوع والشركة بخلاف حال الحيوة لان المقصود
عند الحل وهو لا يقبل الاشتراك

باب الرهن يوضع على يدي العدل

قوله واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل صح وقال ابن ابي ليلى رحمه الله لا يصح لان العدل نائب عن الراهن
لا عن المرتهن ولهذا لو لحقه ضمان بان هلك في يده ثم استحقه رجل يرجع به على الراهن دون المرتهن والرهن لا يتم
بقبض الراهن حتى ان باعه عليه عند الاستحقاق فكذا بقبض العدل قول صاحب المتن وقال مالك لا يجوز
لان يد العدل يد المالك ولهذا لا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق في عدم القبض يعتبر باشتراط القبض
عند مالك رحمه الله وقد ذكر في اول كتاب الرهن قال مالك يلزم بنفس العقد وهو نص على عدم اشتراطه
وكان لم يقولان في اشتراطه ولنا ان قبض العدل كقبض المرتهن فيتم به الرهن وهذا لان اليد في باب الرهن
على الصون يد امانة وعلى المعنى يد مضمون وكانت يده على الصون يد المالك في الحفظ وفي المعنى هو
المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل العدل منزلتهما تحقيقا لغرضهما وانما لا يرجع
بالضمان على المرتهن عند الاستحقاق لان الضمان يجب بسبب العين وهو في حق العين نائب عن الراهن
كالمودع **قوله** وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حقهما جميعا به اما الراهن فليصير ماله
محفوظا بيده واما المرتهن فليتعلق الاستيفاء به فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر ولو هلك في يده هلك
في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن والمضمون هو المالية **قوله** واذا وكل الراهن
المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن اذا حل به صح لانه وكيل ببيع ماله فيصح وهذا لان الرهن
شرع وثيقة لجانب الاستيفاء والتوكيل يصير جانب الاستيفاء اوثق فكان الجواز احق ثم يصح تعليق
الوكالة بالشرط لكنها اسقاط والاسقاطات تقبل التعليق وهذا لانه كان ممنوعا عن التصرف
في هذا العين لحق المالك فاذا وكله فقد اسقط حقه ولو وكله صغيرا لا يحتمل فباعه بعد بلوغه

لا يصح عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يصح لأنه قدر عليه وقت الامتثال لأن الأمر إذ وقع لغو لعدم
أهلية المأمور فكان شرط الوكالة في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل ولو عزله لم ينعزل لأنها
لما شرطت في عقد الرهن صارت وصفًا من أوصافه وحقًا من حقوقه فيلزم كأصله لأن حكم التبع لا يفارق حكم الأصل والرهن
لازم فكذا ما هو تبع له ولأنه تعلق به حق المرتهن وفي العزل إبطال حقه فيكون إضرارًا به فلا يجوز كالوكيل
بالخصومة من المدعى عليه بالتماس المدعي فإنه إذا أراد الموكل عزله بغير محضر من الخصم لم يصح ذلك
دفعًا للضرر عنه لأنه تعلق به حق المدعي ولو وكله بالبيع مطلقًا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة
ثم نهاه عن البيع نسيئة لا يعمل نهيه لأن التقييد إبطال ولو أراد إبطال الوكالة لم يملك فكذا لا يملك
التقييد وكذا لا يعزله المرتهن لا ينعزل لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره قوله وإن مات الراهن لم ينعزل
لأن المرتهن أحق بالرهن بعد موت الراهن كما كان في حياته فكان للعدل أن يبيعه لحق المرتهن وللوكيل
أن يبيعه بعد موت الراهن بغير محضر من ورثة الراهن كما يبيعه في حياته بغير محضر منه لأنه لما ثبتت
وكالته بعد موته لم يشترط حضرة ورثته ورضاهم وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته لأن التوكيل متى
صار لازمًا تبعًا للرهن لم ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما كما لا يبطل الرهن بموت أحدهما
ولا بموتهما وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لأن الموكل لم يرض
برأي غيره فلم يقم غيره مقامه فلا بد من بطلانها وعن أبي يوسف أن وصي الوكيل يملك بيعه لأن الوكالة
لازمة فلا تبطل بموته وإذا لم تبطل يقوم وصيه مقامه كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال عروضًا
فإنه يقوم وصيه مقامه في بيع العروض لأنها صارت لازمة بعد ما صار رأس المال عينًا لما قلنا المضارب له
ولأن الموكل في حياته جاز أن يقوم وصيه مقامه بعد موته كالأب في مال الصغير والوكيل ليس له
حق الموكل في حياته ولا يقوم غيره مقامه بعد مماته والوكالة حق على الوكيل فلا يورث عنه لأن
الوراثة إنما تجري فيما له لا فيما عليه فوجب القول ببطلانها بخلاف المضاربة لأنها حق للمضارب قوله
وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضا الراهن وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتهن لأن لكل واحد منهما حقًا
لازمًا فلا يملك الآخر إبطاله ببيعه قوله فإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن
غائب أجبر الوكيل على بيعه لما مر من الوجهين في لزومه وكيفية الإجبار أن يحبسه القاضي أيامًا ليبيع
فإن لج بعد الحبس أيامًا فالقاضي يبيع عليه وهذا على أصلهما ظاهر وأما على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه
فكذلك عند البعض لأنه تعين جهة البيع لقضاء الدين ههنا وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون
عنده لقضاء الدين ولا يفسد البيع بهذا الإجبار لأنه إجبار بحق فصار كلا إجبار وكذلك رجلان بينهما
خصومة فوكل المدعى عليه رجلًا بالخصومة بطلب المدعي وغاب الموكل وأبى الوكيل أن يخاصمه فإنه يجبر على
الخصومة لأن المدعي إنما خلى سبيل الخصم اعتمادًا على أن وكيله يخاصمه فلا يكون للوكيل أن يمتنع منه يلحق

الضرر بالمدعي لأن فيه إبطال حقه بخلاف الوكيل بالبيع فإنه لا يجبر لو امتنع عن البيع لأن الوكيل بالبيع إذا
امتنع لا يتضرر به الموكل لأنه يتمكن من البيع بنفسه وأما العدل إذا امتنع عن البيع فيتضرر به المرتهن لأنه
لا يتمكن من البيع بنفسه هذا إذا كان التسليط على البيع مشروطًا في عقد الرهن وإن كان بعد تمام العقد ذكر
شمس الأئمة السرخسي أنه في ظاهر الرواية لا يجبر العدل على البيع لأن رضى المرتهن بالرهن قد تم بدونه وهو
توكيل مستأنف ليس في ضمن عقد لازم وعن أبي يوسف أن الوكيل على البيع بعد الرهن يلتحق بأصل العقد
ويصير كالمشروط فيه قال شيخ الإسلام خواهر زاده وفخر الإسلام البزدوي رحمهم الله هذه الرواية أصح لأن
محمدًا رحمه الله أطلق الجواب في الجامع الصغير وفي الأصل لم يذكر البيع مشروطًا في عقد الراهن أو غير
مشروط فظاهره الإطلاق يدل على أنه يجبر على بيعه في الحالين لأن العلة الأولى لم توجد والثانية
قد وجدت وجاز أن يكون معلولًا بكل واحدة من العلتين قوله وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من
الرهن لأنه صار ملكًا للمشتري وصار الثمن هو الرهن وإن كان غير مقبوض لقيامه مقام ما كان مقبوضًا وإذا
توى كان من مال المرتهن لأن بقاء عقد الرهن في الدين لكونه قائمًا مقام المبيع المرهون لو هلك يسقط الدين فكذا
هنا وكذا إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لأن الواجب بنفسه وإن كان بدلًا عن الدم ولكن المالك
إنما يستحقه بسبب المالية فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن قوله وإذا باع العدل
الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل قيمة الرهن فهو بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته وإن شاء
ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه وليس له أن يضمن غيره وحاصله أن المرهون المبيع إذا استحق فإن كان هالكًا
فالمستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته لأنه غاصب في حقه بالأخذ وإن شاء ضمن العدل لأنه بالبيع والتسليم
والأخذ صار غاصبًا فيضمن قيمته إذ عجز عن تسليم عينه فإذا ضمن الراهن نفذ البيع والرهن وصح القضاء لأنه ملكه
بأداء الضمان فظهر أنه أمره ببيع ملك نفسه وإن ضمن العدل فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة
لأنه وكيله ورجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء لاستيفاء الثمن المرتهن دينه فلا يرجع
المرتهن عليه بشيء من دينه وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن لأنه لما استحق ظهر أن المرتهن أخذ الثمن بغير
حق لأنه ملك العدل العبد حين ضمن قيمته ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وإنما دفعه إليه على أنه ملك الراهن
فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيًا به فله أن يرجع به عليه وإذا رجع بطل الاقتضاء ويرجع المرتهن على الراهن
بدينه وهذا وهذا إذا كان هالكًا فإن كان قائمًا في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه منه لأنه وجده عين ماله ومن وجد
عين ماله فهو أحق به ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد وهذا
من حقوق البيع لأنه وجب به لأنه أداه لعوض هو أن يسلم له المبيع فإذا لم يسلم رجع عليه ثم العدل إن شاء
رجع على الراهن بالثمن لأن هذه عهدة لحقته في عمل باشره بوكالته فيجب عليه تخليصه وإذا رجع عليه
بطل قبض المرتهن وتسليم المقبوض له إن شاء رجع على المرتهن لأنه لما انتقض العقد بطل الثمن وقد أداه

الله على ظن انه يمين مملوك للراهن فاذا لم يوجد المحيت يقضي قيمة المرتهن ضرورة واذا رجع عليه واستوفى قبضه
عاد حقه في الدين على الراهن كما كان فرجع به على الراهن ولو لم يسلم الى المرتهن لم يرجع عليه لانه في البيع عامل
للراهن وانما رجع عليه اذا قبض فاذا لم يقبض بقي الضمان على الموكل وذكر في المتن ولو ان المشتري سلم الثمن
الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما رجع عليه اذا قبض ولم يقبض بقي الضمان على الموكل
والمراد بالموكل المرتهن وسماه موكلا لان البيع وقع لاجله وبالضمان الثمن او بالموكل الراهن وبالضمان الدين **قوله**
ولو كان التوكيل بالبيع بعد عقد الرهن لم يشترط في العقد فهو وكيل للراهن وملحق العدل العهدة رجع به على الراهن
قبض المرتهن الثمن او لا لان التوكيل اذا كان بعد العقد لم يتعلق به حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة
عن الرهن بان وكل انسانا ان يبيع شيئا ويقضي من ثمنه ففعل ثم لحقه عهدة لم يرجع به على القابض بخلاف
الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق بها حق المرتهن وكان البيع واقعا لحقه وقد سلم له ذلك فجاز ان يلزمه الضمان
وهو معنى قوله حرا لا نرى حين هذا الوكيل على البيع **قوله** ولو مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل
فللمستحق الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما غاصب في حقه لما ظهر له استحقاق
بالبينة فان ضمن الراهن قيمته فقد مات بالعقد بالدين لانه ملكه بالضمان حين وقت وجوب الضمان وهو الغصب وغصبه
كان قبل الرهن فاذا ملكه حين ينفذ صح الرهن لانه ظهر انه رهن ملك نفسه فصار المرتهن مستوفيا دينه بهلاك
الرهن وان ضمن المرتهن قيمته يرجع المرتهن على الراهن بقيمة الرهن لانه مغرور من جهته فانه رهن على انه ملكه
وقبض المرتهن منفعة للراهن خروجه لانه يستفيد به براءة الذمة عند هلاك الرهن والمغرور يرجع على الغار بما
لحقه من الضمان كما يرجع المستأجر على الموجر والمودع على المودع ويرجع بالدين عليه لانه انتقض اقتضاؤه فعاد
حقه كما كان قال ابو حازم رضي الله عنه هذا غلط لانه لما رجع بالضمان القيمة على الراهن استقر الضمان عليه
والملك في المضمون يقع لمن استقر عليه الضمان فاذا استقر الملك للراهن تبين انه رهن ملك نفسه فصار كما لو ضمن المستحق
الراهن ابتداء والجواب عنه ان المرتهن يرجع بالضمان على الراهن بسبب الغرور والغرور انما حصل بالتسليم الى
المرتهن فانما ملك العين من هذا الوقت وعقد الرهن سابق عليه فلا يكون راهنا ملك نفسه فاما
المستحق فانما ضمن الراهن باعتبار قبضه السابق بتسليمه فيملكه من ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعده ولان
الراهن انما سلم الملك في الرهن من جهة المرتهن فالمرتهن يملكه اولا ثم ينتقل اليه كما في الوكيل بالشراء كانه اشتراه من
المستحق ثم باع من الراهن وهذا لان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ضرورة ولكن لما كان
قرار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهة المرتهن والمرتهن يملكه من وقت القبض لانه بالقبض صار غاصبا فيملكه
الراهن بعده من جهته فيكون ملك الراهن متأخرا عن عقد الرهن

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قوله واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع
موقوف عن ابي يوسف رحمه الله انه نافذ كالاعتاق لانه تصرف في خالص ملكه ولنا انه تعلق حق المرتهن فيتوقف

فيتوقف على اجازته وان تصرف الراهن في ملكه كالوصية يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث على اجازة الورثة
لتعلق حقهم به **قوله** فان اجاز المرتهن جاز لان المانع من النفاذ حقه وقد زال بالاجازة وان قضاه الراهن
دينه جاز ايضا لان المقتضي لنفاذ البيع موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل وعدم النفاذ للمانع
وقد زال واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى الثمن في الصحيح وعن ابي يوسف رحمه الله
ان المرتهن اذا شرط عند الاجازة ان الثمن يكون رهنا فهو رهن والا لا يكون رهنا لانه اذا اجاز بهذا الشرط
فما رضي ببطلان حقه عن العين الا ان يكون متعلقا بالبدل اما اذا لم يشترط فقد سقط حقه عن المرهون والثمن
ليس بمرهون فلا يتعلق حقه به وجه الظاهر ان خروجه عن الرهن بالبيع والبيع اوجب الزوال الى بدل
فيتعلق حقه بالبدل سواء شرط ام لا كما لو استهلكه انسان فانه يتعلق حقه بالقيمة وهذا لان حقه يتعلق
بالمالية وهو باق لقيام البدل مقام المبدل الا ترى ان العبد المديون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم
الى البدل لرضاهم بالانتقال لا بالسقوط اصلا فكذا هذا **قوله** وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ
في رواية ابن سماعة عن محمد رضي الله عنهما حتى لو افتك الرهن لا سبيل للمشتري عليه لانه يملك الاجازة فيملك
الفسخ كالمالك لان حقه بمنزلة الملك في اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه واليه اشار في الجامع الكبير لان
التوقف مع المقتضي للنفاذ انما كان لصيانة حقه وحقه يصان بانعقاد هذا العقد موقوفا واذا بقي
موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن ويسلم له المبيع لان المانع على شرف الزوال وان شاء رفع
الامر الى القاضي ليفسخ القاضي العقد لحكم العجز عن التسليم وولاية الفسخ للقاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد
المشتري قبل القبض فان المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع الآبق وان شاء رفع الامر الى القاضي ليفسخ
العقد لحكم العجز عن التسليم **قوله** ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن
فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول موقوف والموقوف لا يمنع توقف الثاني فجاز البيع الاول او الاجازة وجاز البيع
الثاني ان اجازه ولو باع الراهن ثم اجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن الاجارة او الرهن او الهبة
نفذ البيع السابق لان اصل تصرف الراهن في الرهن اذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ الا باجازة المرتهن واذا اجاز
المرتهن تصرفه يبطل فيه فان كان تصرفا يصلح حقا للمرتهن ينفذ باجازة المرتهن التصرف الذي لحقه الاجازة فان كان
تصرفا لا يصلح حقا للمرتهن فبالاجازة يبطل حق المرتهن في النفاذ فيكون حجة الراهن فينفذ السابق من تصرفات
الراهن وان كان المرتهن اجاز اللاحق فاذا ثبت هذا فنقول المرتهن حق في البيع الثاني لانه يتحول حقه
الى الثمن فان الثمن يصير رهنا عنده ويكون المرتهن احق به من سائر الغرماء اذا مات الراهن فيصح تعيينه لتعلق
الفائدة به ولا حق للمرتهن في هذه العقود اذ لا بدل في الهبة والرهن والبدل في الاجارة في مقابلة المنفعة وحقه
في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع من النفاذ فينفذ البيع السابق كما لو باع
المستأجر من غير المستأجر فاجاز المستأجر البيع الثاني ينفذ الاول لا الثاني لانه لا حق له في الثمن فكانت الاجازة اسقاطا

قوله ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه موسرا كان او معسرا وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ اذا كان
معسرا لانه تصرف يلاقي حق المرتهن بالابطال فكان مردودا كالبيع بل اولى لان البيع اسرع نفاذا من العتق
حتى ينفذ بيع المكاتب دون العتق فاذا لم ينفذ بيع الراهن رعاية لحق المرتهن فلان لا ينفذ اعتاقه اولى بخلاف
ما اذا كان المعتق موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لان حق المرتهن يمكن استدراكه بايجاب الضمان عليه
وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى بعد العتق لان الحر يقبل الاجارة اما الحر فلا يقبل الرهن فافترقا
ولنا ما قاله اصحابنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلو بطل اعتاقه بعدم اذن المرتهن كالمشتري اذا اعتق المبيع
قبل القبض وكاعتاق الآبق والمغصوب وهذا لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن او حق البيع بالدين
على اختلاف الاصلين ولا شيء من ذلك يمنع ملك العين يبقى على ملك الراهن والاعتاق يعتمد ملك العين دون اليد
فان قلت في نفوذه ابطال حق المرتهن فلا ينفذ كالبيع قلت الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن
حق ومقتضى الحقيقة يستند على النفاذ وقضية الحق يستند على عدم النفاذ فرجحنا جانب الحقيقة على الحق لانها
اقوى على انه انما يبطل حقه ضرورة بطلان ملك الرقبة لا ان يبطل بالاعتاق قصدا كاعتاق العبد المشترك
بل اولى لان الملك الرقبة اقوى من حق المرتهن لان له ملك اليد والرقبة ولهذا ملك اليد فقط فاذا لم يمنع الاقوى
الاعتاق فلان لا يمنع الادنى اولى ولهذا اذا اعتق عبدا اجره يصح ويبطل الاجارة ضمنا لما نص عليه صاحب
الاسرار في طريقته وعدم نفاذ البيع والهبة لعدم القدرة على التسليم لان يده مانعة من التسليم والبيع
كما يفتقر الى الملك يفتقر الى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستاجر والاعتاق لا يفتقر اليهما
بدليل نفاذ اعتاق الآبق لا يقال اذا اوصى المريض برقبة عبده لانسان ولا مال له غيره ثم مات اعتق الوارث
هذا العبد لا يعتق لحق الموصى له لانه يعتق عندهما في الحال وعنده يخرج الى الحرية بالسعاية واذا نفذ الاعتاق
عندنا بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك لو كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لا بالقيمة
العبد لانه لا فائدة في تضمين القيمة مع حلول الدين لانه لو ضمنه قيمته وهو من جنس حقه لوقع فيه الاستيفاء
فلم يكن في التضمين الا انه يفتح استيفاء لعين حقه فائدة الا اذا كان الدين من خلاف جنس القيمة وان كان الدين
موجلا اوخذ منه قيمة العبد ويكون رهنا مكان العبد حتى يحل الدين لان بتصرفه وان صادف ملكه الا انه
تعدى الى حق المرتهن فيجب الضمان ويكون رهنا قائما مقامه دفعا للضرر عن المرتهن فاذا حل اقتضاه بحقه
لو كان من جنس حقه ورد الفضل ولو كان المعتق موسرا اسعى العبد للمرتهن في اقل من قيمته ومن الدين وقضى به
الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه يعني ما يحصل من كسب العبد اذا كان خلاف جنس حق المرتهن يحبسه لا يقضي
بحقه بل يطالبه بالدين حابسا للكسب الى ان يوفيه الدين لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق وجب
الرجوع الى من ينتفع بالعتق وهو العبد لانه صاحب محل التلف والمحال في حكم المشروط ومتى تعذر تضمين صاحب
السبب تضمن صاحب الشرط كالحافر مع الدافع ثم يرجع العبد بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه سعى في دين عليه

بالزام السعاية فيصطر او يقضي دين غيره وهو مضطر فيه فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في اعتاق
احد الشريكين لانه يؤدي ضمانا عليه لانه اصل في الضمان ولم يؤد ضمانا عن غيره وهذا لانه انما يسعى
ليحصل عتق نفسه ولتكميله عندهما وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن
وقد حققناه ثم ابو حنيفة رضي الله عنه السعاية في العبد المشترك اذا اعتقه احد الشريكين في حالتي
اليسار والاعسار وفي العبد المرهون في حالة الاعسار فحسب لان الثابت للمرتهن مجرد الحق والثابت للشريك
حقيقة الملك فاوجب السعاية هنا في حالة واحدة وثمة في حالتين اظهارا لانحطاط رتبته ولم يستسع المشتري
للبائع ان اعتقه المشتري قبل قبضه وهو مفلس عندهم في الظاهر وعن ابي يوسف انه يسعى في قيمته
للبائع ثم يرجع بها على المشتري كالمرهون اذا اعتقه الراهن وجه الظاهر ان حق البائع في الحبس قبل القبض
ضعيف حتى يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري لا بملكه في الاجر ولم يتعلق الاستيفاء بهذا المحل
وانما ثبت له حق الحبس ليستوفي من محل آخر وحق المرتهن قوي حتى لا يبطل حقه بالاعارة من الراهن لتمكنه
من الاسترداد وله يد الاستيفاء في هذا المحل في الحال ويتعلق حقيقة بالهلاك فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا
بين الضعيف والقوي وهذا امر يأباه العقول قوله ولو اقر المولى برهن عبده الى آخره ظاهر قوله ولو دبر
الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فلان التدبير يوجب حق العتق له فاذا لم يمنع حقيقة العتق حق
المرتهن فحق العتق اولى اما عند الشافعي رحمه الله فلان التدبير لا يمنع البيع فلا يكون مبطلا لحق المرتهن
ولو كانت امة فاستولدها صح الاستيلاد بالاتفاق اما عندنا فظاهر واما عنده فلذلك لان الاستيلاد الحق
لحق الملك للابحاثام ولد عبد فلان يبعد بحقيقة الملك للراهن فيهما اولى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان
المحلية لان استيفاء الدين لا يصح منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما وتكون رهنا مكانهما ان كان الدين
موجلا كما مر في اعتاق الراهن وان كان معسرا فللمرتهن ان يستسعي المدبر وام الولد في كل الدين لان
كسبهما ملك المولى فيقدر الراهن على اداء الدين بكسبهما بخلاف العتق حيث يستسعى الاقل من الدين ومن
القيمة لان كسب المعتق خالص حقه فلا يجبر على ان يقضي به دين غيره ولكن قد سلمت له مالية رقبته
وكان مشغولا بحق المرتهن فلزمه السعاية في ذلك القدر لاحتباسه عنده كما تجب السعاية على معتق البعض
للشريك الساكت اذا كان المعتق معسرا فلا يلزمه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة وكسب المملوك
لما كان للمالك كان تحكيمه حكم المالك فيما يلزمه من قضاء الدين والراهن كان مجبرا على قضاء كل الدين بملكه فيؤمر بكل
واحد من المدبر وام الولد بالسعاية في كل الدين ايضا ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما
يؤديان من كسبهما فيكون الاستسعاء واقعا من ملك المولى بخلاف المعتق فانه يرجع لان الاستيفاء يقع من ملك الحق
وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع وقيل اذا كان الدين موجلا لم يسع المدبر الا في مقدار القيمة لان الدين
الموجل لا يجب قضاؤه وانما يجب رد عوض الرهن الى يد المرتهن فيتقدر وجوب العوض بقدر ما فوت من العوض

فاما اذا كان الدين حالا فالقضاء واجب من مال الراهن وكسبه ملكه فيستوفى الكل منه قوله ولو
اعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا في مقدار قيمته لان كسبه بعد
العتق ملكه فكان الاداء من كسب مملوك له فصار كالو اعتقه وما اداه قبل العتق لم يرجع به على المولى
لانه اداه من ملك المولى قوله وكذا لو استهلك الراهن الرهن فالجواب فيه كالجواب فيما اعتق الرهن
لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لان للبدل حكم المبدل الا في السعاية
لاستحالة وجوب السعاية على المستهلك قوله فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه
فياخذ القيمة منه ويكون رهنا في يده لانه احق بالمبدل فيكون احق بالبدل في الخصومة في استرداده
والواجب على المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم الرهن الفا ويوم استهلكه خمسمائة غرم
المستهلك قيمته خمسمائة وكانت رهنا وسقط خمسمائة من الدين فصار الحكم في الخمسمائة الزائدة كانها
هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه
فاذا هلك تحقق موجب القبض السابق ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير
فكان مضمونا عليه وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان للبدل حكم المبدل فاذا حل الدين وهو على صفة القيمة
استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه من جنسه ورد الفضل على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حقه قوله
وان نقصت القيمة عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب عليه
بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك فسقط من الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم
القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر لان تراجع السعر لا يسقط شيء من الدين كالو رده على
الراهن ووجب عليه بالاتلاف قيمته يوم اتلفه قوله واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل به عملا
فقبضه خرج من ضمان المرتهن لان الضمان باعتبار قبضه وقد زال الى يد الراهن وهو غير مضمون لانه لا يكون يد
المرتهن وهو مضمون لمنافاة بينهما فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض الموجب للضمان
وللمرتهن ان يسترده الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال ولهذا لو هلك الراهن قبل الرد على المرتهن
كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن وولد
الرهن مرهون وليس بمضمون بالهلاك واذا بقي عقد الرهن كان له استرداده واذا استرده عاد مضمونا
لانه عاد القبض بحكم الرهن فيعود بصفته وهو الضمان وكذا لو اعار احدهما اجنبيا باذن الآخر خرج عن ان يكون
مضمونا وبقي مرهونا لما بينا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد منهما حقا محترما وهذا بخلاف
ما اذا اجر او باعه احدهما من اجنبي باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ولا يعود رهنا الا بعقد مبتدأ ولو مات
الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لان بهذه التصرفات اوجب حقا لازما للغير في المرهون
فبطل به حكم الرهن ولم يتعلق بالعارية حق لازم فافترقا قوله واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن

ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن فيبقى ضمانه وكذا اذا هلك بعد
الفراغ من العمل لان يد العارية ارتفعت فظهر الضمان ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لان يد العارية
خالف يد المرهون لان يد العارية غير مضمونة وقبض الرهن مضمون فاذا ثبتت يد العارية بالاستعمال
انتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بينا قوله ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه
فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لان المالك رضي بالرهن بعض ما يستحقه الاستيفاء وهو ملك
اليد فاذا اجاز يثبت له ملك اليد دون العين بابقاء عين المرهون على ملكه بطريق التبرع يجوز ان يثبت له ملك
بالرهن ايضا ولما جاز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين للبائع نحو الاجارة ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين
للمرتهن سواء وانما جاز الرهن بالقليل والكثير لان المعير اطلق فالتقييد بشيء يكون زيادة عليه فلا يجوز وهذا
الاطلاق لا يمنع صحة الاعارة لانه لا يفضي الى المنازعة بمنزلة الاعارة للانتفاع مطلقا ولو سمى له شيئا
فرهنه باقل منه او باكثر ضمن لان التقييد مفيد في المنع من الزيادة والنقصان وهذا لانه اذا رهنه باكثر فربما
لا يرضى المعير بان يكون ملكه محبوسا بما يتيسر عليه او على المستعير قضاؤه دون ما يتعسر عليهما واذا رهنه
باقل فربما يرضى المعير بان يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيا للاكثر ليرجع هو على المعير بذلك فاذا رهنه باقل
فعند الهلاك انما يرجع المعير على المستعير بذلك القدر فلم يحصل غرضه وكذا اذا سمى جنسا لم يجز ان يرهنه
بجنس آخر لان التقييد مفيد فقد يتيسر على المعير اداء جنس دون جنس وكذا لو امره ان يرهنه من رجل فرهنه من غيره
لان التقييد مفيد فالناس يتفاوتون في الحفظ واداء الامانة وكذا لو قال له ارهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة لان
التقييد مفيد فقد يرضى الانسان بان يكون ماله في بلده دون بلد لان الاماكن يتفاوت في الحفظ حتى صار
مخالفا كان ضامنا قيمته لانه تصرف بغير اذنه فصار غاصبا وللمعير الخيار ان شاء ضمن المستعير ويتم عقد
الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع بما ضمن وبالدين
على الراهن ويبتنى ذلك في الاستحقاق قوله وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل
الدين او اكثر فهلك عند المرتهن بطل المال اي الدين عن الراهن لان الاستيفاء قد تم بهلاك الرهن وضمن
الراهن للمعير قدر ما سقط عنه بهلاك الرهن لانه صار قاضيا دينه بهذا القدر من ماله برضى ربه بمال
الغير فيضمن له مثل ذلك المال لان الموجب للرجوع هو قضاء الدين دون القبض نفسه لانه قبضه
برضاه قوله وكذلك لو اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه
صار قاضيا بهذا القدر من الدين بماله والجزء معتبر بالكل وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى
الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لرب الثوب ما صار به موفيا المامور
قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا بغير رضا الراهن ليس للمرتهن ان يمتنع اذا
قضى دينه لان المعير احق القضاء لما فيه من تخليص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فلم يكن متبرعا بخلاف

ما اذا ابرء عن احسن بعضا الدين فلرب الدين ان لا يقبله منه لانه متبرع لانه لا يسعى في تخليص ملكه او نفع ذمته ولو هلك ثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه حفظ العين في الحالين باذن المالك ثم بالهلاك قبل الرهن او بعد الفكاك لم يصر قاضيا شيئا من دينه بالثمن والضمان انما يتعلق باعتبار استيفاء الدين منه ولم يستوف ان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المالك هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل ان ارهنه او بعد ما افتكه فالقول للراهن مع يمينه لان الضمان انما يجب على المستعير بايفاء الدين منه وهو ينكر الايفاء فان قلت قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعي سقوط الضمان بالافتكاك فلا يعمل قوله في ذلك الا بحجة كالغاصب يدعي رد المغصوب قلت الرهن ان كان ايجاب الاستيفاء ولكن حقيقة الاستيفاء بالهلاك فاذا انكر الهلاك في يد المرتهن فقد انكر الايفاء حقيقة والضمان ينشاء منه فكان منكرا للضمان **قوله** ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان الاذن يستفاد من جهته ولو انكر اصله كان القول له فكذا اذا انكر وصفه **قوله** ولو رهنه بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك عند المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء اي القرض المسمى عشرة وقيمة الرهن عشرة يضمن المرتهن للراهن القدر الموعود وهو عشرة لان الدين الموعود كالدين المستحق ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة هذا القدر له من مال الرهن بايفاء المرتهن كسلامته له بقضاء دينه عنه **قوله** ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز عتقه لقيام ملكه في العبد بعد الرهن كما في اعتاق الراهن والمرتهن ان يرجع بالدين على الراهن ان شاء لان دينه باق في ذمته وان شاء رجع على رب العبد بقيمته لان حق المرتهن تعلق بالعبد برضا المعير وقد استهلكه باعتاقه فيضمن قيمته ويكون القيمة رهنا في يده حتى يقبض دينه من الراهن ثم يردها على المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين **قوله** ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد وركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال ولم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فان كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق فبرئ عن الضمان فان قلت اليس ان المستعير اذا خالف بمجاوزة المكان لم يبرأ عن الضمان قبل وصول المال الى صاحبه قلت يد المستعير يد نفسه فما العود الى المكان المشروط لا يصير رادا للعين لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع فان يده كيد المالك فما العود الى الوفاق يصير رادا حكما وما نحن بصدده نظير مسئلة الوديعة لان بتسليمه الى المرتهن يرجع الى الحكم مقصود المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا برئ به عن الضمان ولو افتكه الراهن ولم يقبضه ثم استخدم العبد او ركب الدابة فهو ضامن لاستعماله ملك الغير بغير اذنه فان لم يعطب في الخدمة والركوب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه فلا ضمان عليه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير فقد انتهت الاستعارة بالفكاك والمودع اذا خالف ثم ترك الخلاف برئ من الضمان في المعير

اذا اراد استرداد المرهون بعد ما مات المستعير لا يملك ذلك ما لم يؤد دين الغريم وهو المرتهن كما في حال حياة المستعير كذا في الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي رحمه الله ولو مات مستعير الرهن مفلسا بقي رهنه ولم يبع الرهن الا برضا المعير لان ملكه قائم فان اراد المعير البيع وابى المرتهن بيعه وفاء بيع بلا رضاه لان حقه في الاستيفاء وقد يسلم له وان لم يكن فيه وفاء يشترط رضاه لان له في الحبس منفعة فقد يحتاج المعير الى الرهن فيقضي دينه او يصير السعر فلو مات المعير مفلسا وعليه دين وثمن المستعير امر الراهن بقضاء دينه ورد رهنه ليصل كل ذي حق الى حقه وان عجز لعسرته فالرهن على حاله كما لو كان حيا ولو اراد المعير اخذه ان يقضوا دينه لانهم بمنزلة المورث فان طلب غرماء المعير وورثته بيعه ان كان فيه وفاء باعوه والا لا كما مر ويشترط رضا الغرماء ان لم يف بدينهم ما فصل وان بقي لم يعتبر رضا الغرماء لوصول حقهم اليهم وكذا لو مات المعير والمستعير **قوله** وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة اما الاول فلانه تعلق بحق المرتهن تعلق حق العبد بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان الا ترى ان تعلق حق الورثة بمال المريض يمنع نفوذ تصرفه فيما زاد على الثلث وكذا الورثة اذا اتلفوا العبد الموصى بخدمته ضمنوا قيمته فيشترى بها عبد يقوم مقامه واما الثاني فلان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه ويسقط من دينه بقدر الضمان اذا كان الضمان بصفة الدين **قوله** وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال بان كانت الجناية خطأ في النفس او فسادا وبها اما الاول فهو بالاتفاق فلانها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال وهذا بخلاف الجناية الموجبة للقصاص لان المستحق بها دمه والمولى من دمه كالاجنبي الاخر وهذا بخلاف المغصوب على المغصوب منه فانها تعتبر عند ابي حنيفة رضي الله عنه مع ان المغصوب مضمون على الغاصب كما ان المرهون مضمون على المرتهن لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فيصير كالعبد جنى على غير مالكه فاعتبر فاما ضمان الرهن وان تقرر على المرتهن فلا يوجب الملك له في العين ولهذا لو مات كان الكفن على الراهن فلا يستوي به ان جنايته كانت على غير مالكه ولهذا كانت هدرا فالحاصل ان المرهون من حيث انه مضمون المالية كالمغصوب ومن حيث ان عينه امانة كالوديعة فاعتبار انه كالامانة يوجب جعل جنايته على المالك هدرا وباعتبار انه كالمغصوب يجعل جنايته على الضامن هدرا واما الثاني فلهما ان هذه جناية حصلت على غير مالكه والاصل في جناية بني ادم ان يعتبر اذا كان في اعتبارها فائدة وفي اعتبارها هنا فائدة فلان موجب اعتبار الجناية الدفع وللمرتهن غرض صحيح في تملك العبد وان سقط دينه فوجب ان يعتبر ثم ان شاء المرتهن والراهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن فان قبله المرتهن صار عبدا له وبطل الدين وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وهو نظير المغصوب فان جنايته على الغاصب تعتبر عندهما وعنده لا تعتبر وله انا متى اعتبرنا حكم هذه الجناية للمرتهن كان على المرتهن التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فاذا

اوجبنا الضمان له واوجبنا عليه التطهير والتخليص لم يكن في اعتبارها فائدة ولا يمكن اعتبارها حياله المنفعة
بثبوت الملك له في العبد فان ذلك لا يكون الا باختيار الراهن والراهن لا يختار ذلك خصوصا اذا لم يكن عليه من
الفداء شيء واما اذا جنى على مال المرتهن فلانها لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة
في اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة واذا كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رضي الله عنه
انها تعتبر بقدر الامانة لان ذلك الفضل ليس في ضمانه بمنزلة عبد الوديعة اذا جنى على المستودع
فانها تعتبر وعنه انها لا تعتبر لان الفضل وان لم يكن مضمونا فحكم الرهن فيه ثابت وهو الحبس بالدين
فصار بمنزلة المضمون وجناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن كالجناية على الاجنبي في الصحيح لان
المعنى الذي يستدعي اهدار موجب الجناية وقوعها من المملوك على المالك او كون العبد الجاني في ضمانه
وقد فقد من جهة الابن فكانت الجناية عليه وعلى الاجنبي سواء فيدفع بها او يفدى قوله رهن عبدا
قيمته الف بالف فقتله عبد قيمته مائة فدفع به او تراجع سعر العبد حتى صار يساوي مائة فكذا الدين
خلافا لزفر رحمه الله ولو رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص سعره الى مائة فقتله حر وغرم قيمته
مائة ثم حل الاجل فان المرتهن ياخذ المائة بحقه ولا يرجع بشيء على الراهن ولو امر الراهن المرتهن ببيعه
اذا حل الاجل فلما حل باعه بمائة فانه يقبض المائة قضاء بحقه ويرجع بالفضل على الراهن بتسعمائة وهذه فصول
اربعة فالفصل الثالث والرابع على الاتفاق والاصل ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين
عندنا حتى لو رهن عبدا قيمته الف فنقص في السعر حتى صار يساوي مائة لم يسقط شيء من الدين وعند
زفر رحمه الله يسقط تسعمائة من الدين لنقصان المالية بفتور السعر كما لو انتقصت المالية بتخلل
في البدن وهذا لان الضمان الثابت بالرهن باعتبار المالية دون العين فانه ضمان الاستيفاء والمالية تنتقص
بنقصان السعر كما تنتقص بنقصان العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس فيه وذا
غير معتبر في شيء من العقود ولهذا لا يثبت الخيار للمشتري بنقصان السعر فلا يسقط شيء من الثمن ولو
انتقص سعر المغصوب لا يضمن الغاصب شيئا بخلاف نقصان البدن لان يد الرهن يد الاستيفاء وبفوات
جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه فاذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر في الفصل الثالث بقي مرهونا
بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لان التلف يعتبر قيمته يوم الاتلاف اذ الجابر بقدر الفائت فيقبض
المرتهن المائة قضاء بمثلها من الدين اذ انه ظفر بجنس حقه فياخذ ذلك القدر ولا يرجع على الراهن بشيء من تسعمائة
ولان الفضل على المائة يبقى في ضمان المرتهن فصار هالكا بالدين وهذا لان يد المرتهن يد استيفاء وبالهلاك
يتقرر الاستيفاء وقد كانت قيمته في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء وصار كما لو هلك الرهن
فانه يسقط كل الدين واما الفصل الرابع وهو ما اذا باعه بمائة فانه مصور فيما اذا كان موضوع المسئلة انه
لم ينتقص قبض السعر ايضا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقبض عندهما اذا كان قال بعه بما شئت او اذا ابيع البيع

صار المرتهن وكيل الراهن لما باعه باذنه وصار باذنه وصار كالراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان
كذلك بطل الرهن وبقي الدين الا بقدر ما استوفي فكذا هذا واما الفصل الاول وهو ما اذا رهن عبدا
قيمته الف بالف فقتله عبد قيمته مائة ودفع به افتكه بجميع الدين لا يجبر الراهن على ان يفتكه او يدعه
بكل الدين عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ان شاء الراهن اخذه وادى كل الدين وان شاء سلم
العبد المدفوع الى المرتهن بدينه وقال زفر رحمه الله يفتكه بمائة ويسقط ما زاد على ذلك لان النقصان
حصل في ضمان المرتهن وكان محسوبا عليه كما لو تراجع سعره الى مائة ثم قتله حر فغرم قيمته مائة فانه يسقط
من الدين تسعمائة ويأخذ المرتهن المائة قضاء بمثلها كما مر انفا ولنا ان العبد المدفوع قام مقام الاول لحمه
ودمه لانه بدله فصار كان المقتول قائم وتراجع سعره ولو كان الاول قائما وتراجع سعره لم يسقط شيء من الدين
عندنا لما بينا فكذا اذا قام المدفوع مقامه واحتج محمد رحمه الله بالثاني ان قام مقام الاول صورة بعد غبن
اصله لانه غير في الحقيقة والتغير لا يد له لم يوجب الخيار لانه في ضمان المرتهن كما لو قتل المبيع عبد في يد
البائع فدفع به فانه يخير المشتري كذا اذا قتل المغصوب وقيمته الف عبد قيمته مائة فدفع به
فالمغصوب منه بالخيار بين ان يترك على الغاصب وبين ان ياخذه ولو تراجع السعر في هاتين الصورتين لم
يخير كذا هنا وعين الرهن امانة فكيف يجوز تمليكه منه بغير رضاه وتمليك الرهن بالدين حكم جاهلي فصار
باطلا واذا ابطل التمليك تعين الفكاك بخلاف الغصب لان تمليكه باداء الضمان مشروع وبخلاف البيع لان حكم
الخيار فيه الفسخ وهو مشروع واما الجعل بالدين فمنسوخ قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار
يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف وقد مر تقريره قوله واذا قتل العبد
الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن لان العبد في ضمانه يقال للمرتهن افد العبد من الجناية وليس
للمرتهن ان يدفع العبد لان الدفع تمليك وهو لا يملك التمليك فاذا فداه طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على
الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها وان ابى المرتهن ان يفدي
قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان ملك الرقبة للراهن وانما ابى المرتهن الفداء لقيامه حقه فان
امتنع عن الفداء طولب الراهن بحكم الجناية وحكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط
الدين لان العبد استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك كذا ان فدى لانه استخلص لنفسه بالفداء
وكان على المرتهن فصار العبد كالحاصل له بعوض كانه اشتراه منه قوله بخلاف ولد الرهن يعني
اذا ولدت المرهونة ولدا فقتل ذلك الولد انسانا خطأ او استهلك مالا فلا خطاب على المرتهن بل يخاطب الراهن
بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مالك وانما يتوجه عليه الخطاب بجنايته الرهن لان المحل مضمون عليه
والولد غير مضمون على المرتهن فان دفع المولى خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك وان فداه
فهو رهن مع امه على حالهما قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن

الدين الذي على العبد فدينه على حاله كما في باب الجناية لانه ازال الشغل عن المحل اذا ابى الراهن بعد في الدين
الا ان يختار ان يؤدي عنه الدين فاذا ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه
اخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لان دين العبد مقدم على حق
المولى وولي الجناية مقدم على حق المرتهن فان فضل من دين الغريم شيء نظر في ذلك ان كان دين غريم العبد مثل دين المرتهن
او اكثر بطل دين المرتهن وما فضل للراهن لان الرقبة استحقت بمعنى في ضمان المرتهن فسقط دينه كما لو هلك
وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من ثمن العبد ولا دين فيه بقي رهنا فان كان
دين المرتهن قد حل اخذه بدينه لانه جنس حقه وان كان لم يحل امسك الباقي حتى يحل وان كان الثمن لا يفي بدين
الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي من الدين على احد حتى يعتق العبد لان دين الاستهلاك تعلق برقبته وقد استوفيت
الرقبة فتاخر الباقي الى ما بعد العتق فاذا اعتق وادى لا يرجع على احد لانه وجب بفعله ولو كانت قيمة العبد
الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان نصفه مضمون ونصفه امانة وفداء المضمون على
المرتهن وفداء الامانة على الراهن فان اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يكون من المرتهن
لانه لا يملكه وهو لا يملك التمليك المراد به ان الراهن يدفع ورضي به المرتهن قوله فان تشاحا فقال
المرتهن انا افدي وقال الراهن انا ادفع فللمرتهن ان يفدي بناء على ان الراهن ان دفع سقط حق المرتهن
لا يسقط حق الراهن بل يحفظ حق نفسه من غير اضرار بالراهن فكان اختياره اولى ويكون المرتهن متطوعا في الفداء
في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه كان يقدر ان لا يلتزم الفداء حتى يخاطب الراهن فلما التزمه والحال
هذه صار متبرعا وهذا على الرواية التي روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه اذا فدى مع حضوره لا يرجع
واما على الرواية الاخرى فيستحق ان يرجع في حصة الامانة لانه لا يقدر على اصلاح حقه في المضمون الا بعد اصلاح
الامانة قوله وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي فله ذلك وان كان الراهن يختار الدفع لان
الولد وان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح وهو زيادة التوثق لاستيفاء
دينه ولا ضرر على الراهن وكان له ان يفدي فلو قال الراهن انا افدي وقال المرتهن انا ادفع فليس له الدفع
للمرتهن وللراهن ان يفديه لانه لا فائدة لاختيار المرتهن الدفع لانه يسقط دينه بالدفع كما يسقط
بالفداء وفي الدفع اسقاط حق الراهن في الرقبة وله غرض صحيح في استيفاء الرقبة بالفداء فكان في اختيار
المرتهن الدفع تفويت غرض الراهن بلا فائدة فلا يعتبر وان ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب
على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا
ثم ينظر فان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان نصف الفداء اقل سقط من الدين بقدر نصف
الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له
ان يرجع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى بعضه فبقي العبد رهنا بالباقي ولو كان المرتهن فدى والراهن

حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعند ابي يوسف ومحمد وزفر والحسن
رحمهم الله المرتهن متطوع حاضرا كان الراهن او غائبا لانه فدى ملك غيره بغير امره فصار كالاجنبي وله انه
اذا كان الراهن حاضرا فقد امكن مخاطبته فاذا فداه المرتهن فهو متبرع فصار كالاجنبي فاما اذا كان غائبا
فقد تعذر مخاطبته والمرتهن محتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا
قوله واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقام الموصي في قضاء دينه وقد كان
له بيع الرهن قبل موته باذن المرتهن فكذا الوصي وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه
لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين اذا عجزوا عن النظر في نصب الوصي ما عليه لغيره ويستوفي ماله
من غيره وان كان على الميت دين فرهن بعض التركة عند غريم من غرمائه يتوقف على رضا الاخرين ولهم ان
يردوه لانه اثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن حكما فاشبه
الايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه نفذ لزوال المانع وهو حق بقية الغرماء ولو لم يكن للميت غريم اخر
جاز هذا الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي ويباع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي
بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء حكما وهو يملك ذلك وفي رهن الوصي مسائل نذكرها في كتاب الوصايا ان
شاء الله تعالى فصل قوله ومن رهن عصيرا بعشرة دراهم قيمته عشرة دراهم فصار خمرا عند المرتهن ثم
صار خلا يساوي عشرة دراهم فهو رهن بالعشرة وهذا لان عقد الرهن لم يبطل بالتخمر لان ما يصلح محلا للبيع
لان المحلية انما تكون بالمالية فيهما والخمر لا يصلح محلا لابتداء البيع ويصلح لبقائه فان من باع عصيرا فتخمر في يد
البائع يبقى البيع الا انه يخير في البيع لتغير وصف المبيع كما لو تعيب فاذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه
فجعل كان لم يكن وكذا لو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بالدرهم
لان بموت الشاة لم يبطل عقد الرهن بل صار المرتهن مستوفيا والاستيفاء يؤكد الرهن فاذا عادت المالية بالدبغ
صادف عقدا قائما فثبت فيه حكمه بقسطه لانه بعض المحل بخلاف الشاة المبيعة اذا ماتت قبل القبض فدبغ جلدها
حيث لا يعود البيع لان الشاة اذا ماتت فقد انفسخ ولا يعود بعد الانفساخ اما الرهن فبالهلاك يتقرر ومن مشايخنا
من منع مسئلة البيع ويقول يعود البيع والجمهور على انه لا يعود لما بينا واذا ابق الرهن وجعل بالدين ثم عاد يعود رهنا
عندنا كما كان وعند زفر لا يعود رهنا بل يكون ملكا للمرتهن لان القاضي اذا جعله بالدين فقد ملكه اياه فصار كالمغصوب
وعنده يعود ملكا للغاصب ولنا ان الرهن لا يملك بالدين بل يقع بعينه الاستيفاء من وجه ويتم بالهلاك فاذا عاد
ظهر انه لم يتم فبقي محبوسا بالدين قوله ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف للراهن لانه متولد من ملكه ويكون
رهنا مع الاصل لانه تبع له حتى يسقط في الدين الا ان النماء غير مضمون حتى لو هلك في يد المرتهن لم يسقط شيء من الدين
وقال الشافعي رحمه الله النماء ليس برهن وبه قال مالك رضي الله عنه لان الثابت بالرهن حق البيع في الدين وذا ليس
بمتاكد في العين فلا يسري الى الولد كحق الوكالة بالبيع ولنا ان حق المرتهن متاكد في الاصل فيسري الى الولد ونحوه كملك الراهن

ولهذا يسري الى بدل العين الا انه لا حصة له من الضمان لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل
تحت العقد مقصودا الا اذا صار مقصودا بالفكاك كولد المبيع لا قسط له من الثمن الا اذا صار مقصودا
بالقبض **قوله** فان هلك وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة النماء يوم الفكاك وقيمة اصله
يوم القبض كما يقسم على قيمة الزيادة المقصودة يوم القبض لان الاصل والزيادة دخلا في ضمانه بالقبض
فيعتبر قيمتهما يوم القبض والنماء انما صار له حصة من الضمان بالفكاك فانه لو هلك قبله هلك بغير شيء
فيعتبر قيمته حينئذ فما اصاب الاصل سقط من الدين وما اصاب النماء افتكه الراهن بحصته **قوله**
ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلالا فحلب
وشرب فلا ضمان عليه في شيء منه لكن اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس
بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى هلكت عند
المرتهن يقسم على قيمة الشاة وقيمة اللبن فيسقط حصة الشاة ويقضي حصة اللبن لان اتلاف المرتهن الدين صح
باذن الراهن لما كان باذنه فصار الراهن مستردا لما اتلفه المرتهن فصار له قسط من الدين فيقضي بحصته
وكذا حكم الولد وجميع النماء ولو فعله الراهن بنفسه او اجنبي بامره فضمن ويكون الضمان رهنا لان المرتهن
ما رضي بالاتلاف فيضمن الحقه **قوله** ويجوز الزيادة في الرهن بان رهن ثوبا بعشرة قيمته عشرة ثم زاد الراهن
ثوبا اخر ليكون مرهونا مع الاول بالعشرة **قوله** ولا يجوز الزيادة في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو
القياس يعني اذا رهن عبدا بالف ثم حدث للمرتهن حاجة الى الشرى او الاستقراض فجعلا ان الرهن بالدين القديم
رهنا به وبالدين الحادث فانه لا يصير الرهن رهنا بالدين الحادث عندهما بل يكون كل الرهن مقابلا بالدين
السابق وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز
فيهما فالخلاف معهما في الرهن والثمن والمبيع والمهر والمنكوحة بان زوج امته من رجل بمهر مسمى ثم زوجه امة
اخرى بهذا المهر سواء وقد قررناه في البيوع ولابي يوسف رحمه الله ان الدين مع الرهن مشابه بمحاذاة المبيع
مع الثمن حتى يكون محبوسا بالدين مضمونا به كالمبيع بالثمن ثم الزيادة في الرهن ملحقة باصل فكذا الزيادة في الدين
كالزيادة في المبيع والثمن وهذا لان الحاجة تمس الى الزيادة في الرهن بان يكون قيمة الرهن اقل من الدين ويحتاج
الراهن الى مال اخر فيجعله رهنا بهما ولهما ان الزيادة في الدين يؤدي الى الشيوع في الرهن لان بعض الرهن
يشيع من الدين الاول الى الثاني فيصير حكم الاول في النقض شائعا ويثبت حكم الزيادة مشاعا
والشيوع في الرهن يمنع صحة الرهن واما الزيادة في الرهن فيؤدي الى الشيوع في الدين لان بعض الدين يتحول
ضمانه من الرهن الاول الى الثاني والشيوع في الدين لا يضر كما لو رهنه بنصف الدين رهنا ولان الزيادة ثبت
على سبيل الالتحاق باصل فلا يؤدي الى الشيوع فيه الا ان الالتحاق باصل العقد في المعقود عليه او المعقود به
والدين ليس بمعقود عليه ولا معقود به لان المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبا قبل عقد

الرهن بسببه ويبقى بعد فسخ الرهن ولا يمكن اثبات الزيادة فيه ملحقة باصل العقد واما الرهن فمعقود عليه
لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن فيلحق باصل العقد والثمن يجب بالعقد فيكون معقودا به فيصح الفرق ثم اذا
صحت الزيادة في الرهن ويسمى بهذه الزيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة
يوم قبضت لان حكم الرهن في الزيادة انما يثبت بقبض المرتهن فيعتبر قيمتها حين يثبت حكم الرهن فيها كما
يعتبر ذلك في قيمة الاصل يوم قبضه حتى لو كانت قيمة الاصل يوم قبضه الفا وقيمة الزيادة يوم قبضت
خمسمائة والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين والولد لا يستتبع الزيادة
حال بقاء اصله لان الولد تبع فلا يستتبع غيره حتى يقسم الدين ولا على الام والزيادة ثم اصاب الام يقسم بينها
وبين ولدها على قدر قيمتهما فان حصلت الزيادة بعد هلاك الام يكون رهنا تبعا للولد لان الولد صار اصلا
حتى يقسم الدين ولا على الام والولد ما اصاب الولد يقسم بينه وبين الزيادة ويسقط بقاء الولد الى وقت الفكاك **قوله**
واذا ولدت المرهونة ولدا يعني رهن امة بالف قيمتها الف فولدت ولدا يساوي الفا ثم زاد الراهن مع الولد عبدا
يساوي الفا ولو رهن مع الولد خاصة فيقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة ولا يدخل الزيادة مع الام لان
الرهن انما يثبت فيه باثبات الراهن وهو قد جعله زيادة مع الولد دون الام فيثبت على هذا الوجه فينظر الى
قيمة الولد يوم الفكاك وعلى قيمة الام يوم العقد فما اصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وعلى قيمة الزيادة يوم
قبضت فان مات الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لان الولد اذا هلك خرج عن العقد فصار كان لم يكن فيبطل الحكم في الزيادة
ولو كانت الزيادة مع الام يثبت الحكم على الوجه المشروط فيقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة
يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة اذا دخلت على الام فكانها كانت في اصل العقد فيكون الولد
داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيهما لان هلاك
الام يقرر الضمان فلا يبطل الزيادة بخلاف الزيادة في الولد ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء كان العقد
زيد في الام ولا ولد معها **قوله** فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف مكان الاول
رهنا فرده على الراهن والمرتهن في الاول امين حتى يجعله مكان الاول لان الضمان في الاول متعلق بالقبض والدين
وبقي ما بقي القبض والدين فاذا لم يوجد الرد يبقى الاول رهنا في يده ومن ضرورته بقائه ان لا يثبت الثاني لان الراهن
لم يرض بجعلهما رهنا وانما رضي باحدهما فاذا لم يخرج الاول عن ضمان الرهن لم يتعلق بالثاني ضمان فاذا رد الاول
اسقط الرهن فيه وقام الثاني مقام الاول **قوله** ثم قيل يشترط تجديد القبض يعني ما لم يقبض الثاني قبضا مستانفا
لم يصر مضمونا لان القبض الاول لم يوجب الضمان لان يد المرتهن عليه يد امانة ويد الراهن استيفاء وضمان فلا ينوب
الادنى عن الاعلى كمن له على اخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة فطالبه بالجياد فاخذها فالجياد
امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط تجديد القبض لان يد الامانة تنوب عن يد الراهن لان
الرهن تبرع كالهبة وقبض الامانة تنوب عن قبض الهبة لما مر فلان تنوب عن الرهن امانة لا بد منه او القبض بورود

على العين مسبوق بقبض الامانة عن قبض الضمان قوله ولو ابرا المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك
الرهن في يد المرتهن ولم يحدث منعا بعد الابراء هلك بغير شيء ولا ضمان على المرتهن استحسانا وقال زفر رحمه الله
ضمن قيمته للراهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فيبقى الضمان ما بقي القبض ولنا ان ضمان الرهن باعتبار
القبض والدين لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الا باعتبار الدين والقبض وبالابراء احدهما وهو الدين والحكم لم يبق صح
الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما ولهذا لو رد الرهن يسقط الضمان لعدم القبض ولو بقي الدين
فكذا اذا ابراه عن الدين يسقط الضمان لعدم الدين وان بقي القبض اما اذا المرتهن حبسه بعد الابراء منعا
ثم تلف في يده ضمن قيمته لان حق المنع لم يبق فصار غاصبا فيضمن القيمة قوله وكذا اذا ارتهنت المرأة
رهنا بصداقها ثم ابرأته منه او وهبته له او ارتدت قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك
الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الصداق فصار كالبراءة عن الدين كما مر ولو
استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما
استوفى الى من استوفى منه وهو عليه الدين او المتطوع بخلاف الابراء والفرق ان الابراء يسقط الدين لوجود
المسقط وبالاستيفاء لا يسقط الدين بل يتقرر لكنه يتعذر المطالبة لخلوها عن الفائدة لانه يعقبه مطالبة
مثله فاذا هلك يتعذر الاستيفاء الاول ويتبين انه استوفى مرتين فيجب رد الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى
بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن
بطلت الحوالة ويهلك بالدين لان بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام المحيل ولهذا
يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين
كذا قال في المتن ووجهه ان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود وقد بقيت
الجهة لانه يحتمل ان يتصادقا على قيام الدين بعد ان تصادقا على ان لا دين بخلاف الابراء الا انه يسقط به وذكر شمس
الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط واذا تصادقا على ان لا دين بعد ضياع الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك
الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن فصار مستوفيا فاما
اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك فان هناك يهلك امانة لان تصادقهما ينفي الدين من الاصل فيمنع
الرهن ان يبقى بدون الدين وذكر شمس الاسلام الاسبيجابي رحمه الله انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن
اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا **مسايل متفرقه** اعلم انه لو تبرع رجل بمهر عن غيره تطوعا
ثم طلقت المرأة قبل الدخول رجع المتطوع بنصف ما ادى وكذا لو اشترى عبدا وتطوع رجل باداء ثمنه ثم رد العبد
بعيب رجع المتطوع بما ادى وهذا عندنا وقال زفر الزوج والمشتري يرجعان به على القابض لان المتطوع
قضى عنهما فصار كقضائهما بامرهما ولنا انه لو قضى بامرهما رجع عليهما بما ادى تمليكا بالضمان ثم هنا لم يملكاه
فبقي على ملك المتطوع ولو ابرا رب الدين المديون من الدين بعد الاداء يتمكن المديون من استرداد ما ادى

كذا في المبسوط **كتاب الجنايات** الجناية ما تجنيه من شر اي تحدثه
ويكسبه وهي في الاصل مصدر جنى عليه شرا جناية وهو عام في كل ما يقبح ويسوء الا انه خص بفعل
محرم شرعا سواء حل بمال او نفس الا ان في اصطلاح الفقهاء مطلق اسم الجناية يعنى به الفعل في النفوس والاطراف
فانهم خصوا الفعل في المال باسم الغصب والسرقة والقتل اسم لجرح موثر في ازهاق الروح قوله القتل على
خمسة اوجه عمد او شبه عمد وخطاء وما اجري مجرى الخطاء وذكر في المبسوط القتل على ثلثة اوجه عمد او خطاء
وشبه عمد وكان ابو بكر الرازي رحمه الله القتل على خمسة اوجه كما قال في المتن والحاصل ان المراد به بيان انواع
القتل بخرج حق ما يتعلق به الاحكام والا فالقتل انواع كثيرة منها الرجم وقتل الحربي والقتل صلبا في حق
قطاع الطريق قوله فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء كالمحدد من
الخشب والحجر وليطة القصب والنار لان المراد بالعمد القصد الى القتل وهو باطن لا يعرف الا بدليله ودليله
استعمال الة قاتلة عادة فيعرف عند ذلك كونه متعمدا للقتل عهدا المايم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا
الاية والسنة في هذا الباب اكثر من ان يحصى واظهر من ان يخفى وقد اجمعت الامة عليه قوله والقود لقوله تعالى
كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى والمراد به العمد لانه اوجب في الخطاء الدية بقوله ومن قتل مؤمنا الاية ولانه قال عليه
العمد قود اي موجبه القود وان نفس العمد لا يكون قودا الا ان القصاص عقوبة محضة والعقوبة المحضة لا تجب
الا بجناية محضة وذا انما يكون في العمد لان فعل الخطاء ليس بجناية محضة لان له جهة في الاباحة الا ان يعفو الاولياء
او يصالحوا اذ الحق لهم ثم القود واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وللشافعي رحمه الله قولان
احدهما ان موجبه القصاص الا ان للولي ان يختار اخذ الدية بغير رضا القاتل لان اخذ المال يحصل به الدفع
الهلاك فيجوز بدون رضاه كمن اصابته مخمصة فوجد لانسان طعاما يأخذ مثل قيمته يلزمه الثمن لانه ملك
ما يحيى به نفسه بعوض يعدله وثانيهما ان موجب العمد القصاص او الدية ويتعين ذلك باختيار الولي لان وجوب
المال اصلح في القتل لجبر حق ولي القتيل فيما فات عليه ولانه قتل حيوانا معصوما فيجب به المال كما لو قتل
الانسان خطأ وقتل سائر الحيوانات مطلقا وهذا لان اتلاف الحيوان يوجب القيمة لان الحيوان ليس من ذوات
الامثال وقيمة المقتول الدية والدليل عليه حالة الخطاء فان الاتلاف في الوجهين على نمط واحد اذ الدية انما تجب
بالاتلاف لا بوصف الخطأ فهو مسقط والمتلف في العمد ما هو المتلف في الخطاء الا ان الشرع اوجب القصاص
في العمد لمعنى الانتقام وتشفي الصدور ولانعال الحيوة بخلاف القياس لانه اتلاف الحي بمقابلة الاتلاف
فشرعه لا ينفي الضمان الاصلي بل لما كان كل واحد منهما عوضا عن المستحق الكامل ولم يمكن الجمع بينهما يخير صاحب
الحق بينهما يؤيده قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية
ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فايجاب المال زيادة عليه وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وحرف التعريف
للجنس لعدم المعهود ففيه تنصيص على ان موجب جنس العمد القود فايجاب المال مع القود زيادة عليه ولان

الدية لنست بمثل للمتلف فلا تصلح موجبا له والقصاص مثل له فتعين موجبا له وهذا لان الآدمي مالك للمال لا صورة ولا معنى لان الآدمي خلق لتحمل امانة الله تعالى والاشتغال بعبادته والمال خلق لاقامة مصالحه وهو مملوك للآدمي والآدمي مالك فانى يتساويان وانما المماثلة في القصاص في النفس بالنفس وفي القتل بالقتل وفيه مصلحة الاحياء كما قال تعالى ولكم في القصاص حيوة فانه حيوة بطريق الزجر لان من يقصد قتل عدوه فاذا تفكر في عاقبة امره انه اذا قتل به انزجر عن قتله فكان حيوة لهما اى لقاتل والمقتول على الحيوة ولانه اذا قتل به يسلم حيوة لاوليائه فان القاتل يصير حربا على اولياء المقتول خوفا على نفسه منهم فهو يقصد افناءهم لازالة الخوف عن نفسه فالشرع مكنهم من قتله قصاصا دفعا للشر عن انفسهم او احيا الحي في دفع سبب الهلاك عنه ولما كان فيه حيوة من الوجه الذي قلنا صلح جائزا الا ان الحاصل بالقتل حيوة الحاصل بالقصاص حيوة مثل الاول انما يجب ضمان الجبر بقدر الامكان ولا امكان في حق الحيوة بالكبر هذا واما المال فليس فيه معنى الحيوة شيء وانما وجب الدية في الخطاء بخلاف القياس لان القتل اعظم العقوبات والخاطي معذور فيصير ايجاب المثل عليه ونفس المقتول محترمة لا تسقط حرمتها بعذر الخاطي فوجب المال صيانة للدم عن الهدر ومنة على القاتل بان سلمت نفسه والقتل بان يهدر دمه وشرع المال عند عدم الامكان لا يدل على شرعه عند الامكان ولا يتقيد بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فربما تهيج الضغينة وتحركه العداوة على ارتكاب قتله وان لم يكن ذلك شرعا فلم يتعين مفوتا للهلاك واما قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فاهله بين خيرتين الحديث قلنا ظاهره بخلاف الكتاب مردا او يحمل على وجه لا يخالفه فنقول معناه ان احبوا قتلوا القاتل او ابوا وان احبوا اخذوا الدية اذا وجد منه الرضا وهذا كقوله صلى الله عليه وسلم لا ياخذ الا سلمك رضي المسلم البدل او البلي ورأس ماله الا اذا وجد منه الرضى قوله ولا كفارة فيه اي لا كفارة في العمد عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه تجب الكفارة لانها شرعت ماحية للاثم والاثم في العمد اكبر وكان ادعى الى ايجاب الكفارة لانها وجبت بالنص في الخطا من القتل مع قيام العذر فكان دلالة على وجوبها في العمد بطريق الاولى فصار كشبه العمد ولنا ما قال اصحابنا ان الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة كما عرف في يمين الغموس فلا تجب الا بسبب دائر بين الحظر والاباحة كالخطاء فانه بالنظر الى اصل الفعل مباح وبالنظر الى المحل الذي اصابه محظور وشبه العمد فان المقصود به التاديب لاستعماله الة يقصد بها التاديب غالبا ولهذا اسمي خطا العمد ولما اتصف بالخطا اتصف بقدره من الاباحة والتاديب مباح والقتل العمد كبيرة كالزنا والسرقة فلم يصلح سببا لها كالمباح المحض وهو القتل بحق لا يصلح سببا لها مع رجحان معنى العبادة في الكفارة ولان الكفارة من المقادير وقد شرعت لدفع الذنب ذنب الخطا على مشرعها لدفع الادنى لا يدل على شرعها لدفع الاعلى ولان ايجاب الكفارة في العمد يخالف النص مردود وهو قوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الحديث ومن حكمه حرمان الميراث للحديث قوله وشبه العمد عند ابي حنيفة رضي الله عنه ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد

والشافعي رضي الله عنهم هو ان يتعمد الضرب بالة لا يقتل مثلها في الغالب كالعصا والسوط والحجر واليد ولو ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد عندهم خلافا له ولو ضربه بسوط صغير ووالى في الضربات حتى مات يقتص عند الشافعي خلافا لنا وانما سمي شبه العمد لان في هذا الفعل شبه العمد باعتبار قصد الفاعل الى الضرب وفيه معنى الخطا باعتبار عدم قصده الى القتل لان الالة التي استعملها لا تصلح للقتل والعاقل انما يقصد الى فعل بالة تصلح له فاستعمال غير الة القتل دليل على انه غير قاصد الى القتل فكان ذلك خطا شبه العمد لهم ان معنى العمد يتقاصر باستعمال الة صغيرة يستعمل للتاديب دون القتل لا يتقاصر باستعمال الة لا يلبث لانها لا تستعمل الا للقتل فكانت كالسيف في الافضاء الى القتل فيجب القصاص ثم الشافعي رحمه الله يقول السوط بلا موالاة يقصد به التاديب فاما الموالاة بالسوط الى ان يموت فسبب للموت على سبيل القصد ولابي حنيفة رضي الله عنه قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا ولم يفصل بين الصغير والكبير فهو عليهما عملا بالاطلاق ولان الشبهة في العمد بما يعرف حقيقة الالة وهذه الالة لم توضع للقتل ولا يستعمل فيه غالبا وانما الحديد موضوع يستعمل فيه غالبا لان جرابين اسلحة الملوك انما تكون من الحديد والخشب موضوع للبناء والاحراق ونحوهما من المنافع لا للقتل والحديد يفضي الرقبة ظاهرا وباطنا وما سواه يفضي ظاهرا او قوام البنية بالظاهر والباطن فثبتت شبهة عدم القصد نظرا الى الاصل باعتبار الحال وبالقصد فكان شبهة العمد وهذا منه استقصاء في درء العقوبة لان الشرع جعل القصاص موجب العمد المطلق فاذا تمكنت الشبهة فيه لم يكن عمدا على الاطلاق فلا يجب القصاص الذي يسقط بالشبهات والموالاة تستعمل للتاديب وموجبه على القولين الاثم لانه قاصد الى الضرب والى ارتكاب ما هو محرم عليه شرعا والكفارة لانه خطا نظرا الى الالة فدخل تحت قوله ومن قتل مؤمنا خطاء الاية وقال صاحب الايضاح وحرر في لبث اصحابنا رحمهم الله ان الكفارة في شبه العمد عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان الاثم كامل اساه وشابه يمنع شرع الكفارة لان ذلك من باب التحفيف والشبهة انما تؤثر في سقوط القصاص الذي يسقط فيما وراء ذلك ولهذا يحرم عن الميراث والصحيح هو الاول فقد ذكر الطحاوي والجصاص وغيرهما رحمهم الله ان الكفارة واجبة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وكفارته تحرير رقبة مؤمنة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة الاية والاطعام غير مشروع فيه لانه غير منصوص عليه واثبات الابدال بالراي لا يجوز ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم تبعا خير الابوين دينا والسلامة تابعة في الاطراف ظاهرا وغالبا ولا يجزيه ما في البطن لانه عضو من وجه فلم يدخل تحت مطلق اسم الرقبة ولم يعرف حيوته وسلامته ودية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية تجب بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد كما لو صالح على الدية فهي على العاقلة لان الاصل في وجوب الدية بالقتل حالة الخطا والايجاب في غير الخطا المحض معتبر به فنقول الشرع اوجب على العاقلة مع ان القياس يابى ذلك تخفيفا لما تمكن العدو في فعله ودون العذر في شبه العمد من الوجه الذي ظهر الجاني في قصده على ما مر فامكن النظر له بحب

على العاقلة ويجب في ثلث سنين لقضية عمر رضي الله عنه بحضرة الصحابة رضه واختلفوا في صفة التغليظ وسيجي في باب الدية قوله ومالك انكر معرفة شبه العمد فقال لا ادري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الافعال فكذا هذا الفعل ولنا ان هذه قسمة ضرورية وقد ورد به السنة واجمعت الصحابة عليه مع اختلافهم في صفة التغليظ لما يجيء في باب الدية ان شاء الله تعالى قوله الخطأ وهو ما اصابته وقد تعمدت غيره وهو على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا ظنه صيدا او حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فاصاب آدميا فالحاصل ان في الاول هو قاصد في وصول الرمي الى المحل الذي اصابه لكنه مخطئ باعتبار قصده لان قصد الصيد والحربي وفي الثاني لم يقصد الرمي الى ذلك المحل الذي اصاب انما قصد الرمي الى محل اخر وهو الغرض فكان في كونه خطأ اقوى لانه اخطأ في الفعل وفي القصد ايضا قوله وما اجري مجرى الخطأ فهو مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فهذا ليس بعمد ولا خطأ لانه لا يتصور القصد من النائم حتى يتصور ترك القصد او ترك التحرز ولكن الاطلاق الموجب للتلف مما اتصل عليه بحضور النائم فجرى مجرى الخطأ في جميع الاحكام وموجبها الكفارة لانه خطأ ويجري الخطأ قلت اراد به انه قاتل خطأ تقديرا والدية على العاقلة في ثلث سنين لقوله تعالى وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وهي مائة من الابل لما يأتي في الدية قوله واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف به آدمي الدية على العاقلة لانه سبب للتلف متعديا فصار كالموقع والدافع فوجبت الدية على عاقلته للحاجة الى صيانة النفس لمثله عن الهدر ولا يتعلق به الكفارة ولا حرمان الميراث عندنا وقال الشافعي يلحق بالخطأ في احكامه لان الشرع جعله قاتلا بهذا الفعل فيتوفر عليه احكام القتل ولنا انه ليس بمباشر للقتل لان مباشرة القتل باتصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد وانما اتصل فعله بالارض انما الحق المسبب بالمباشر في ايجاب الضمان صيانة للدم عن الهدر على خلاف الاصل فبقي في حق الكفارة وحرمان الارث على الاصل يعني هو ما اثم بالحفر في ملك غيره ولكن لا اثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه فان قلت الكفارة والدية يتعلقان بالقتل فلو قاتلا في الدية ينبغي ان يكون قاتلا في حق الكفارة ايضا قلت الكفارة جزاء القتل والقتل معدوم حقيقة لانه تصرف لم يحصل في المحل وانما وجد في محل اخر والدية بدل المحل وضمان المحل يعتمد فوات المحل وقد وجد وان حصل بالتسبب قوله وما يكون شبه العمد في النفس فهو عمد فيما سواها يعني ما يكون فيما دون النفس شبه عمد فاجعل شبه عمد في النفس فهو عمد فيما دون النفس لان ما دون النفس لا يختص اتلافه بآلة دون آلة وانما القتل يختص بآلة فيختلف حكم اتلاف النفس باختلاف الالات فاما ما دون النفس فلا

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قوله القصاص واجب بقتل كل محقون الدم الحقن الحفظ ولم يذكر العصمة لانها اشد من الحفظ وذكر الحقن ليشمل المسلم والذمي وذكر التأبيد ليخرج المستأمن قوله تعالى وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا اي تسلطا على القاتل بالقصاص منه فلا يسرف اي الولي اي لا يقتل غير القاتل و[illegible] اثنين والقاتل احد

كعادة الجاهلية وقتل الاشراف بالمثلة ولان فيه شبهة الاباحة فلا يتحقق المساواة قوله ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات منها قوله وكتبنا عليهم فيها الاية وقوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى وقوله عليه السلام العمد قود وقال الشافعي رح لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ فهذا يقتضي جنس الاحرار مقابلا بجنس الاحرار قصاصا فلا يكون بعضهم مقابلا بالعبد ولان القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بين الحر والعبد لان العبد مملوك والحر مالك والمالكية امارة القدرة والمملوكية سمة العجز ولا مساواة بين القادر والعاجز ولان الحرية حيوة والرق موت حكما حتى نسب المعتق الولاء الى المعتق لانه احياه بالاعتاق حكما ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد مع ان حرمة الطرف دون حرمة النفس فان الاطراف تابعة للنفوس فلان لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس اولى انما يقتل العبد بالعبد لانهما يتساويان وانما يقتل العبد بالحر لان التفاوت الى نقصان ولنا ما تلونا ورويناه ولا تعارض بما تلا لان فيه مقابلة معين وفيما تلونا مقابلة مطلقة والمطلق لا يحمل على المقيد على انه ليس في مقابلة الحر بالحر نفي مقابلة الحر بالعبد لان فيه ذكر بعض ما يشمله العموم على موافقة حكمه فلا يوجب تخصيص ما نفي الا ترى انه كما قابل العبد بالعبد قابل الانثى بالانثى ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى وفائدة هذه المقابلة ما قال ابن عباس رضي الله عنه كانت المقاتلة بين بني النضير وبين بني قريظة وكانت بنو النضير اشرف وكانوا يعدون بني قريظة على النصف منهم فتواضعوا على ان العبد من بني النضير بمقابلة الحر من بني قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بني قريظة فنزلت لانه ردا عليهم وبيانا على ان الحر بمقابلة الحر والعبد بمقابلة العبد والانثى بمقابلة الانثى من المسلمين جميعا وكان اللام لتعريف الجنس ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد استويا فيها لاستوائهما في سبب ثبوتها وهو الدين والدار ولا يقال ان الرق اثر الكفر وهو موت فكان شبهة الاباحة متحققة لان جريان القصاص بين العبدين يشعر بانتفاء شبهة الاباحة قوله والمسلم بالذمي اي يقتل المسلم بالذمي خلافا للشافعي رح لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقتل مسلم بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية لقوله تعالى لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ ولان الكفر من اعظم النقائص فالكافر كالميت لقوله تعالى أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَاهُ ولا مساواة بين الميت من وجه وبين الحي من كل وجه والقصاص ينبني على المساواة فاذا انتفت المساواة بينهما لا يجب القصاص بخلاف الذمي اذا قتل ذميا ثم اسلم القاتل فعليه القصاص ايضا لوجود المساواة بينهما وقت الجناية لان الكفر مبيح للقتل لانه من اعظم الجنايات فكان مؤثرا في اسقاط القتل الذي هو نهاية العقوبات فاذا وجد ولم يبح تعارض عقد الذمة اورث شبهة كالملك فانه مبيح للوطء فاذا وجد في الاخت رضاعا ولم يبح صار شبهة في درء الحد ولنا عمومات الكتاب والسنة وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم اقاد مسلما بذمي وقال انا احق من وفى بذمته ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى دار

او الى التكليف لانه بهذا الوصف يستحق البقاء لانه يجب ان يكون قادرا على اقامة ما كلف به ولا يتمكن من اقامة
ما كلف به الا ان يكون محرم التعرض مدفوعا عنه اسباب الهلاك والكفر ليس بمبيح بنفسه بل بواسطة كونه
باعثا على الحراب فاذا اسقط الحراب بعقد الذمة لم يبق الكفر مبيحا ولهذا قلنا ان كفر المراة لا يبيح القتل
لانه غير باعث على الحراب لانها ليست من اهله ويقتل الذمي بالذمي بالذي جعل انه لا شبهة لان الشبهة اذا
تمكنت في المحل لا تختلف باختلاف المساول واما قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر فالمراد به الكافر
الحربي المستامن يعني المراد من الكافر المذكور في الحديث الذي رواه الشافعي رح الحربي بدليل سياق
ذلك وهو قوله ولا ذو عهد بالرفع والمراد ذو امان والله اعلم لا ذو ايمان لانه عطفه على المؤمن والعطف
للمغايرة واذا كان المراد من قوله ولا ذو عهد الذمي يلزم منه ان يكون المراد من الكافر المذكور في اول الحديث
الحربي اذ لو كان المراد به الذمي لما صح الحديث بدليل جريان القصاص بين الذميين اجماعا فصار تقديرا
الحديث والله اعلم لا يقتل مؤمن بحربي ولا ذمي بحربي قلت هذا ابتداء كلام اي لا يقتل ذو العهد في
عهده فليست الواو حينئذ للعطف خصوصا انه لا يكون مستقلا بنفسه وخبرا لا ول نفي القتل قصاصا
لا نفي مطلق القتل فيكون خبر الثاني نفي القتل قصاصا ايضا فان قلت روي هذا الحديث بالجر ايضا لا يقتل
مؤمن بكافر ولا بذي عهد قلت هذه الرواية شاذة فلو صحت كان معطوفا على المؤمن لا على الكافر والجر
للمجاورة بطريق الاتباع كقولهم جحر ضب خرب قوله ولا يقتل بالمستامن يعني لا يقتل المسلم بالمستامن
لانه غير محقون الدم على التأبيد لان الكفر الباعث على الحراب موجود في حقه لانه يقصد الرجوع وانما ترك
الحراب زمانا لمصلحة فلم يكن قتله حراما محضا فلا ينتهض سببا لوجود القصاص فلاجله لا يقتل الذمي
بالمستامن قوله ويقتل المستامن بالمستامن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح وهو الكفر
الباعث الى الحراب قوله ويقتل الرجل بالمراة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف
وبالمجنون لما مر في المتن قوله ولا يقتل الرجل بابنه وقال مالك رحمه الله ان قتل ابنه ضربا بالسيف فلا قصاص
عليه لاحتمال ضربه تاديبا فاتى على النفس من غير قصد وان ذبحه ذبحا فعليه القصاص لانه عمد لا شبهة فيه
ولانا ما ولدنا جنايته الاب اغلظ لان فيه قطع الرحم ولو كان زنا بابنته فانه يلزم الحد كما يلزم اذا زنى بالاجنبية ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولان القصاص يستحقه ولي القتيل على سبيل
الخلافة عنه والابن ليس من اهل ان يستوجب ذلك على ابيه وبدون الاهلية لا يثبت الحكم وهذا لان الاب كان سببا
لوجوده فيستحيل ان يكون الابن سببا لافنائه ولهذا ليس للابن ان يقتل اباه شرعا بحال سواء كان مشركا او حربيا
او زانيا وهو محصن قوله والقصاص يستحقه من يخلف الوارث اعلم ان هذا جواب عما يقال انما يستقيم
هذا التعليل ان كان المستحق هو الابن المقتول فاما ان حق القصاص يثبت للمقتول والابن يخلفه وارثه وفي الوضع
انما يورث القصاص من المقتول لانه حق المقتول وقد تركه بالموت فيثبت لوارثه لقوله صلى الله عليه وسلم من ترك

حقا او مالا فلورثته بعد موته وهذا لان الحقوق على ضربين حق يتعلق بالمحل وهو الذي يبقى بعد الموت ويثبت
للوارث لان الحق اذا تعلق بالمحل يبقى ببقاء ذلك المحل ويكون ثابتا بعد الموت فاذا بقي بعد الموت يكون الميت
تاركا له بعد موته فيثبت لوارثه لما ذكرنا من الحديث وحق يتعلق بالفعل وهو الذي لا يبقى بعد الموت ولا يثبت
للوارث لان الحق اذا تعلق بالفعل انما يبقى ما دام الشخص باقيا اهلا لذلك وبالموت يخرج الشخص عن ان يكون اهلا
للفعل فلا يبقى له حق فلا يكون تاركا له بعد الموت فلا يمكن اثباته لورثته يعني ما ذكرنا من الدليل ان القصاص من الحقوق
التي يتعلق بالمحل لان نفس القاتل بعد صيرورته ملكا للمقتول لقوله تعالى ان النفس بالنفس جعل النفس عوضا عن النفس بحرف
الباء اذ هي للعوضية ولا يكون عوضا عنه الا اذا كان مملوكا له كالعوض في الاجرة واذا صار مملوكا له يكون القصاص
حقا يتعلق بالمحل فيورث بعد الموت بخلاف خيار الشرط وحد القذف لان المغلب فيه حق الشرع والحق في خيار الشرط
لا يتعلق بالمحل بل يتعلق بالفعل لانه عبارة عن ولاية الفسخ والشخص بالموت لا يبقى اهلا للفسخ فلا يكون الحق
باقيا بعد الموت فلا يثبت لوارثه وهذا الوجه انما يوافق مذهبهما فانه مذكور في المتن وذكر في كتب اصول
الفقه ان القصاص عند ابي حنيفة رضي الله عنه يثبت للورثة ابتداء قوله والحد من قبل الرجال الى اخره ظاهر
حدا قوله ويقتل الولد بالوالد بالاجماع على ان الولد ما كان سببا لاعدام والده قوله ولا يقتل الرجل بعبده او مدبره
او مكاتبه او عبد ولده لانه لو وجب القصاص لوجب له كما لو قتله غيره ولا يجوز ان يجب له على نفسه قصاص
وكذا لا يستوجب ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد يملك بعضه لانه لا يتجزى القصاص فاذا سقط في البعض
سقط في الكل قوله ومن ورث قصاصا على ابيه بان يقتل امه مثلا سقط لحرمة الابوة اعلم ان من صورة
هذه المسئلة ما اذا قتل اخ ام ابنه او اختها او اباها او امها او خالها او عمتها او احدا من اقاربها وهي
وارثة ذلك المقتول يثبت لها القصاص عليه بهذا السبب ثم ماتت فورثها ابنه فقد ورث قصاصا على ابيه فيسقط
قلت وكذلك لا يثبت له ابتداء حتى لو قتل زوجته وهي ام ابنه او قتل احد ابويه او اخ ربيبه ولا وارث للمقتول
سوى ابنه او يرث بعضه فانه لا يتبعض وقد ذكر هذا مثالا للاصل المذكور في المتن وانكره الامام لان
فيها ثبوت القصاص على ابيه لا وراثته ولكن صح هذا الذكر لان المستحق للقصاص اولا هو المقتول ثم يثبت
للوارث بطريق الخلافة والوراثة بدليل ان المجروح لو عفا سقط ولو لم يثبت له اولا لما سقط بعفوه قوله
ولا يستوفى القصاص الا بالسيف ونحوه وقال الشافعي رح ان حصل القتل بطريق غير مشروع فانه يسقاه خمرا حتى
يقتله او لاط بصغير حتى قتله يقتل بالسيف وان كان بطريق مشروع يفعل به مثل ذلك الفعل ثم يمهل مثل
تلك المدة فان مات والا حز رقبته وكذا اذا قطع يد انسان عمدا فمات منه فيقطع يد القاتل فان مات في تلك
المدة والا حز رقبته لان المعتبر في القصاص المساواة ولهذا سمي قصاصا ماخوذ من قول القائل اقتص الديان
قصاصا اي يساويا اصلا ووصفا والمساواة فيما قلنا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف اي لا قود يستوفى الا
بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فسرته الصحابة رضي الله عنهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه لا قود الا بسلاح

وانما كني بالسيف عن السلاح ولانه قتل مستحق شرعا فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لانه انما يستوفى
المستحق بالطريق الذي يتعين انه طريق له وحز الرقبة يتعين بانه طريق استيفاء القتل فاما قطع اليد فاما قطع
اليد فلا يكون طريقا الا بشرط السراية وهو موهوم وما يتعلق بالشرط لا يكون ثابتا قبل الشرط فصل السراية
هذا الفعل غير القتل فلا يكون مشروعا فضلا ان لم يكون مستحقا ثم هو باعتبار المعادلة يتبع ظلما انها لانه
اذا ابرزت يده تحز رقبته والفعل الثاني زيادة على ما كان منه وهو حرام يجب الحد عنه كما في كسر العظم عمدا
فانه لا يجب القصاص اصلا الا في التوهم الزيادة قوله واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك
وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد رحمه الله لا قصاص فيه لاشتباه سبب
الاستيفاء فصار كاختلاف المستحق وهذا لان نسبة الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وليسا ادخل الاستيفاء
معلوم لان حق الاستيفاء للمولى على التقديرين ولا تغيره لاختلاف السبب مع اتحاد الحكم لان السبب لا يراد لذاته
وانما يراد لحكمه قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار او لا وجب القصاص للمولى عندهم لانه مات رقيقا
بالاجماع لانفساخ الكتابة بموته عاجزا فانما قتل مولى عبده وهذا بخلاف معتق البعض اذا مات لا عن وفاء
فانه لا قصاص لان العتق في البعض لا ينفسخ بموته قوله ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص
وان اجتمعا لاشتباه من له الحق لانه ان مات حرا كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما فالقصاص للوارث
وان مات عبدا كما قال زيد بن ثابت رضي الله عنه فالقصاص للمولى قوله واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص
حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن ليس بمالك للرقبة فلا يستوفيه ولو استوفاه الراهن لسقط حق
المرتهن في الدين لانه يصير هالكا وليس له ان يتصرف بما يسقط حق الغير بلا بدل فاذا اجتمعا فان للراهن ان
يستوفي القصاص لان المرتهن رضي بسقوط حقه وذكر في العيون والجامع الصغير لنجم الاسلام وغيرهما
انه لا يستوفيه القصاص وان اجتمعا لما سبق قوله واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل وان يصالح
وليس له ان يعفو اما القتل فلان القصاص شرع للتشفي ودرك الثار وذلك راجع الى النفس وللاب
ولاية على نفسه مثله كالانكاح واما الصلح فلانه انفع للمعتوه من الاستيفاء فلما ملك الاستيفاء
فلان يملك الصلح اولى اما العفو فلانه ابطال الحق قوله ولذلك لو قطعت يد المعتوه عمدا لما بينا وكذلك
الوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا القتل فانه ليس له ان يقتل لانه من باب الولاية على النفس وليس له ولاية
على نفسه ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل
وذكر في كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح في النفس لان الصلح بمنزلة الاستيفاء فلما كان الاستيفاء متعذرا في النفس
كان الاعتياض عنه ملحقا به وجه المذكور في الجامع الصغير ان استيفاء القصاص ليس باستيفاء المال
بل المقصود به درك الثار وذلك لا يحصل باستيفائه فبطل لفوات المقصود فاما المقصود بالصلح فنفع
المال وذلك حاصل بعقده كما يحصل بعقد الاب يوجب العقل الصحيح ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه

من

من الابطال فلان لا يملكه الوصي اولى والقياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لانه
مقصود به مثل النفس في المقصود وهو التشفي ونحوه وفي الاستحسان يملكه لان الطرف ملحق بالمال لانه يبقى النفس
ووقاية لها كالمال فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والصحيح ان القاضي
مثل الاب الا يرى ان من قتل عبدا ولا ولي له فللسلطان ان يقتل قاتله وله ان يصالح والقاضي بمنزلته فيه قوله
ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل قبل بلوغ الصغار عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا ليس لهم ذلك قبل بلوغ الصغار لان القصاص حق مشترك بين الصغار والكبار فكان للكبار بعض
الحق والبعض لا يصلح للاستيفاء لان القتل غير متجزئ لانه تصرف في الروح وذا لا يقبل الوصف بالتجزي وفي
الاستيفاء الكل ابطال حق الصغار لانه لا ولاية للكبار على الصغار في استيفاء حقهم اذ الخلاف فيه فيؤخر
الى بلوغهم كما لو كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله ان القصاص حق لا يتجزى لثبوته بسبب
لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير معدوم والاصل ان ما لا يتجزى من الحقوق اذا وجد سببه كاملا
ثبت لكل واحد على الكمال كولاية الانكاح وولاية الامان واذا كان كذلك كان لكل منفرد كذلك استيفاؤه بخلاف
الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب حال استيفاء القصاص قائم فلو استوفى لكان استيفاء مع الشبهة
وذا لا يجوز ومسئلة المولين ممنوعة ولئن سلم فالسبب يتجزى في هذا وهو الملك بخلاف القرابة قوله ومن ضرب
رجلا بمر فقتله فان اصابه الحديد فعليه القصاص وان اصابه العود فعليه الدية واما اذا اصابه الحديد فان
اصابه بحده وجرحه فلا اشكال لانه بمنزلة السيف وكذا اذا اصابه ظهر الحديد عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة
وانما يعتد جارحا كذا ذكر الطحاوي وجه ظاهر الرواية ان الحديد في كونه اله للقتل منصوص عليه فيتعلق
بعين النص ولا يعتبر فيه المعنى حتى لو غرز في مقتل بابرة يلزمه القصاص فاما في غير المنصوص عليه فيتعلق
بالمعنى فيعتبر كونه محددا كالمروة ولطيط القصب ونحوهما وعلى هذا اذا قتله بعمود حديد او بسنجات الميزان
وجه رواية الطحاوي عنه ان الحديد اذا لم يجرح لم يكن عاملا بمعناه الموضوع له وهو تفريق بين الاجزاء فصار
كالحجر العظيم واما اذا اصابه بالعود فعليه الدية ولا قصاص عليه لانه ليس بسلاح ولكنه ان كان عظيما يلبث
فهو كالسيف عندهما وعند ابي حنيفة رضي الله عنه كالسوط الصغير وقد مرت قوله ومن غرق صبيا
او بالغا في ماء او خنق رجلا فمات فلا قصاص فيه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي
رحمهم الله عليه القصاص غير ان عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما مر وعلى هذا الخلاف اذا طرحه في بئر كالقتل
بالسيف وهذا لان القصد من عمل القلب هو باطن فيعرف بالسبب الظاهر وهو الالة العاملة فالسبب وقد وجد
وله ان وجوب القصاص يختص بقتل هو عمد محض وذا انما يكون بالقتل بالة والة القتل هي الالة الجارحة
لان الجرح يعمل في نقض البنية ظاهرا وباطنا وغيره يعمل باطنا لا ظاهرا وقوامها بالظاهر والباطن والقصاص
يستوفى بالسيف لما حققناه وفيه جرح الظاهر والباطن فلا بد ان يكون سببه للجرح اذ فيهما يتحقق وهو القتل

بالسلاح دون ما سواه وهو القتل بغيره قوله اصمص ابره اى تبعه ومنه المقصبة بوابو بكر يحملهن
اى المعراض وقوله صلى الله عليه وسلم من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه لم يثبت مرفوعا وانما هو من كلام زياد
يذكره في خطبته الا يرى انه قال فيه من قتل عبده قتلناه ومن قتل عبده لا يقتل بالاجماع او هو محمول على السياسة
بدليل اضافته الى نفسه واذا لم يجب القصاص عنده يجب الدية على العاقلة لما مر قوله ومن جرح
رجلا الى اخره ظاهر قوله واذا التقى الصفان صف المسلمين وصف المشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك
فلا قصاص عليه وعليه الكفارة لانه خطا فان القصد والخطا نوعه لا يوجب القصاص ويوجب الكفارة والدية
بالنص وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اختلف سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة بالدية
قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فاما اذا كان في صف المشركين فلا تجب لانه هو الذي اهدر دمه حيث وقف
في صفهم وكثر سوادهم وقد قال صلى الله عليه وسلم من كثر سواد قوم فهو منهم قوله ومن شج نفسه وشجه
رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد
لانه هدر في الدارين وفعل الانسان في نفسه انه يغسل ويصلى عليه وقال ابو يوسف يغسل مع كونه مقتولا
حقيقة لكان شهيدا ولسقط غسله الاجنبي معتبر في الدارين فصارت ثلاثة اجناس وكان النفس تلفت بثلاثة
افعال وكلام اصحابنا الاخر يستوى في دية النفس اثلاثا فيكون التلف بفعل الاجنبي ثلثها فيلزمه
ثلث الدية او صار كانه تلف ثلثه لا بفعل احد وثلثه بفعل نفسه وثلثه بفعل اجنبي فيغرم الاجنبي ثلث الدية
ولكن في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد فصل قوله ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم
ان يقتلوه لقوله صلى الله عليه وسلم من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه اى اهدر ولانه اذا شهر
عليهم فقد جاء بهم فسقطت عصمته للمحاربة كما تبطل عصمة ما اهل البغي بالمحاربة ولانه قصد قتل
قتل المسلمين فوجب عليهم دفع قتله ولا يمكنوا منه الا بقتله فكان قتله مستحقا وقوله فعليهم يشير
الى الوجوب لان دفع الضرر واجب قوله ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا في مصر او في غير مصر
فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل وهذا
الدفع واجب فلا يصلح سببا للضمان والعصا الصغير وان كان يلبث ولكن في الليل لا يدركه الغوث
فيضطر الى الدفع وكذا في النهار في غير المصر لا يدركه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قوله وان
شهر عليه عصا نهارا في المصر فقتله المشهور عليه عمدا قتل به عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه قتل نفسا
معصومة معصومة عمدا بغير حق وهو غير مضطر اليه لان الغوث يلحقه والقتل بالعصا لا يلبث وعندهما
لا قصاص عليه لانه قتله دفعا مضطرا فصار لو قصد قتله بالسيف نهارا او بالعصا ليلا او في المفازة ليلا
او نهارا قوله وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي
لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي

والمجنون

والمجنون وللشافعي رحمه الله انه قتله طريقا لدفع الشر عن نفسه فيسقط عصمته كما لو كان الشاهر
مكلفا ولانه صار محمولا على قتل الشاهر بفعل الشاهر فصار كما لو اكره الشاهر المشهور عليه على قتل
الشاهر فانه لا يجب بقتله شيء ولابي يوسف رحمه الله ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو جنت لا يجب
الضمان لان فعل العجماء جبار اما فعلهما معتبر في الجملة ولهذا لو جنيا يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما
لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا العصمتهما دون الدابة ولنا ان فعل الصبي والمجنون
والدابة غير متصف بالحظر فلم يقع بغيا فلا يسقط العصمة وقصد قتل النفس المعصومة يوجب القصاص
الا انه امتنع القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية قوله ومن شهر على رجل سلاحا فضربه
وانصرف ثم ان المضروب ضرب الضارب ضربة وقتله فعلى القاتل القصاص وهذا واضح لانه لما كف
عن الضرب على وجه لا يريد ضربه ثانيا لانه لما شهر حل دمه دفعا لشره فلما لم يقتله وكف عنه اندفع شره
وعادت عصمته فاذا قتله فقد قتل شخصا معصوما من غير دفع فيلزمه القصاص قوله ومن دخل
على غيره ليلا فاخرج السرقة فاتبعه المسروق منه وقتله فلا شيء عليه لقوله صلى الله عليه وسلم قاتل
دون مالك اى لاجل مالك ولانه له ان ينتزعه بالقتال ابتداء فله ان يسترده بالقتل انتهاء ومعنى المسئلة اذا لم يقدر
المسروق منه على اخذ المال الا بالقتل فان علم انه لو صاح لطرح المال لا يحل له قتله والله اعلم

باب القصاص فيما دون النفس قوله

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص
وهو ينبئ عن المساواة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل
فاعتبر ولا يعتبر بكبر اليد وصغرها لان ذلك لا يوجب التفاوت في منفعة اليد وكذا الرجل ومارن الانف
والاذن لامكان رعاية المماثلة في الكل قوله ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة
في القلع فان كانت قائمة فذهب ضوءها وهي باقية فعليه القصاص لانه يمكن رعاية المماثلة بان تحمى له مرآة ثم يقرب
منها ويربط على عينه الاخرى وعلى وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها فقد وقعت
هذه الحادثة في زمن علي رضي الله عنه فشاور اصحابه في ذلك فلم يجد عندهم شيئا حتى قضى علي رضي الله عنه بالقصاص
وبين طريقه باستيفائه بهذه الصفة فاتفقوا على قوله قوله وفي السن القصاص كما قرر في المتن قوله ولا قصاص
في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال صلى الله عليه وسلم لا قصاص
في العظم والمراد غير السن لما بينا في المتن ولان القصاص مبني على المساواة وقد تعذر اعتبارها في غير السن لاحتمال
الزيادة والنقصان وبين الاطباء كلام في السن انه عظم او طرف عصب يابس فمنهم من ينكر كون السن عظما فعلى
هذا لا حاجة الى الفرق بينه وبين سائر العظام لتعذر اعتبار المساواة بخلاف السن لانه يمكن ان يبرد بالمبرد بقدر
ما كسر منه وكذا ان قلع السن فانه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما تفسد لهاته ولكن يبرد بالمبرد

الى موضع اصل السن **قوله** وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ وشبه العمد فيما دون النفس عمد لان
امكن القصاص فيه يجب والا يجب الارش كما ورد في المتن اعلم ان ما وجب به العمد فيما دون النفس ففي مال الجاني
وان بلغ دية كاملة كذا في شرح القدوري **قوله** ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر
والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي رحمه الله في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد له ان الاطراف تابعة
للانفس وشرع القصاص فيها من جنس الحاق الانفس وفي كل موضع يجري القصاص في النفس في الاطراف ولنا
ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها وقاية للانفس كالاموال ولا مماثلة بينهما للتفاوت في القيمة بتقويم
الشرع فامتنع استيفاء القصاص بخلاف التفاوت في البطش لانه ليس له حد معلوم فاعتبر فيه اصل السلامة
وسقط اعتبار التفاوت فيه بخلاف القصاص في النفس لان التفاوت في الدية لا يمنع القصاص لانه يتعلق بازهاق الروح
ولا تفاوت فيه **قوله** ولان المتلف متعدد لان المتلف المتعلق للازهاق الروح ولا تفاوت فيه او لان المتلف
المتعلق للقصاص بسبب الازهاق الروح ولا تفاوت فيه وازهاق الروح عبارة عن القتل **قوله** ومن قطع يد رجل
من نصف الساعد الى اخره ظاهر عبارة الظهور **قوله** واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة
الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء
الحق كملا له متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى الدية كمثل المتلف مثلا انسان فانقطع عن ايدي الناس
بعد الاتلاف لم يبق منه الا ناقص الصفة فانه يخير بين اخذه ناقصا وبين ان يعدل الى القيمة كذا هنا ثم اذا استوفاها
ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما لو رضي بالردي مكان الجيد وقال الشافعي رحمه الله يضمنه النقصان
لانه قدر على استيفاء البعض دون البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه ولنا انه رضي باستيفاء
الحق ناقصا والفائت كالوصف والوصف منفردا عن الاصل غير مضمون فيسقط حقه في الوصف ولو ذهب
المحسة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما بطل حق المجني عليه عندنا لان حقه متعين في القصاص لما ان موجب
العمد القود ولم يعدل الى المال لتعذر استيفاء الوصف ولكن لما تعلق في القصاص قبل العدول فاذا فات المحل
بطل الحق بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قود او سرقة فانه يجب عليه ارش اليد المقطوعة وقال الشافعي رحمه الله
يجب الارش في الموضعين لان عنده المال ضمان اصلي كالقود فاذا تعذر استيفاء القود يصار الى الاخر ولنا ان القصاص
ضمان اصلي في العمد وانما يجب المال حالة الخطأ فكل موضع شبه الخطأ الحق به في ايجاب المال وانما يجب المال في الخطأ
لانه يتعذر استيفاء القصاص لمعنى في العامل مع سلامة المحل فاذا قطعت يده بحق فقد اوفى بهذا الطريق
حقا مستحقا عليه فصار سالما له معنى فشابه الخطأ وان قطع ظلما فلم يقض حقا مستحقا عليه فصار هالكا لا سالما
وفوات محل القصاص يسقط القصاص **قوله** ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب
ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش
الى اخره ما قرر في المتن **قوله** ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصلهما

عن القصاص لامكان رعاية المماثلة ولنا انهما ينقبضان وينبسطان فيتعذر رعاية المماثلة فيهما الا ان يقطع
الحشفة وبعض الذكر فلا قصاص لانه لا يعلم مقدار المقطوع بخلاف ما اذا قطع كله او بعضه لانه ينقبض
ولا ينبسط ولحم يعرف فيمكن رعاية المماثلة والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان رعاية
المماثلة بخلاف ما لو قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما
في الارش **فصل قوله** واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول على مال وجب المال حالا وسقط القود والاصل
فيه قوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء قال ابن عباس رضي الله عنه نزلت الاية في الصلح العفو البدل والاسقاط
عفي عنه اي سقط عنه وعفي له اي اعطي له فمن عفي له اي من رحم اخذ المعقول شيء من المال فاتباع بالمعروف
اي فعلى الولي اي المندوب لولي القتيل ان يعمل في ذلك ويؤدي القاتل باحسان وقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له
فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية والمراد والمراد والله اعلم الاخذ برضا القاتل وهو الصلح
بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فيجري فيه التعويض لما فيه من احسان الولي واحياء القاتل بالقليل
من المال والكثير سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع والكتابة والاعتاق ولم يذكروا
حالا ولا مؤجلا فهو حال لان الحلول هو الاصل في مال وجب بالعقد كالمهر فانه حال في الاصل كالثمن بخلاف الدية لانها
لم تجب بالعقد **قوله** ولو كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف ففعل
فالالف على الحر والمولى نصفان لانه مقابل بالقصاص والقصاص عليهما سواء **قوله** واذا عفى احد الشركاء من الدم
او صالح من نصيبه على عوض او عفى سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية فلو قتله غير
العافي جاهلا بعفو الشريك فعليه الدية عندنا وقال زفر رحمه الله عليه القصاص لانه قتله عمدا بغير حق
ولنا انه اذا لم يعلم بالعفو كان القود واجبا في حقه ظاهرا فصار شبهة في درء ما يسقط بالشبهات والاصل
ان القصاص حق لكل الورثة وكذا الدم وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا يرث الزوجان من الدية شيئا لان
وجوبها بعد الموت بطريق الخلافة فيثبت بالنسب دون الزوجية لانها تنقطع بالموت ولنا انه صلى الله عليه وسلم
ورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم ولان الدية من التركة حتى تقضى منها ديونه وتنفذ فيها وصاياه
فترث منه جميع ورثته كسائر امواله وكذا يثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا خلافا لابن ابي ليلى له
ان المقصود من القصاص درك الثار وذا يختص بالاقارب ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا او حقا
فلورثته والقصاص حقه ولانه حق يجري فيه الارث حتى من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين
الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر ورثته والزوجية تبقى حكما بعد الموت في حق الارث واذا ثبت للكل فكل منهم
يتمكن من استيفائه واسقاطه صلحا وعفوا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين
فيه لانه كما لا يتجزى وجوبا لا يتجزى سقوطا وهذا بخلاف ما لو قتل رجلين وعفى احد الوليين لان الواجب ثمة قصاصان فلا
سببه لاختلاف القتل والمقتول وهنا القصاص واحد لاتحاد القتل والمقتول واذا سقط القصاص ينقلب نصيب

الباقين بالمال لانه تعذر استيفاؤه بمعنى في القاتل وهو سقوط عصمته بعفو البعض عن القصاص فيجب
المال كما في الخطأ فان العجز عن القصاص لمعنى في القاتل هو كونه خاطئا ولا يجب للعافي شيء من المال لاسقاط
حقه بفعله ورضاه واذا كان القصاص بين رجلين فعفا احدهما فللآخر نصف الدية في مال القاتل في
سنتين وقال زفر رحمه الله في ثلاث سنين لانه وجب للآخر نصف الدية ونصف الدية يكون مؤجلا في سنتين وانما يجب
في ماله لانه عمد **قوله** واذا قتل جماعة واحدا عمدا قتلت الجماعة بالواحد لاجماع الصحابة رضي الله عنهم
وروي ان سبعة قتلوا واحدا بصنعاء فقتلهم عمر رضي الله عنه وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان
القتل بطريق التغالب غالب والقصاص شرع لحكمة الزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد بهذا الفعل فيجب
القصاص تحقيقا لمعنى الاحياء انما تقتص جميعهم اذا وجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح فاما اذا
كانوا نظارا او مغرين او متخلفين له مساكا والاخذ لا قصاص عليهم **قوله** وان قتل واحد جماعة فحضر اولياء
المقتولين قتل بجميعهم على سبيل الكفاية ولا شيء لهم من المال فان حضر واحد قتل له وسقط حق البقية وقال الشافعي رحمه الله
ان قتلهم على التعاقب يقتل بالاول منهم ويقضى بالديات لمن بعد الاول وان قتلهم معا يقرع بينهم ويقضى بالقود
لمن خرجت قرعته وبالدية للباقين في قول قتلهم وقسمت الديات بينهم لان الموجود من الواحد قتلات والذي
عفوا في حقه قتل واحد ولا مماثلة بينهم والقياس في الفصل الاول كذلك وانما تركناه بالاجماع ولنا ان الجماعة
اذا قتلوا واحدا اعتبر كل واحد منهم قاتلا على الكمال فلولا هذا لما وجب القصاص فكذا اذا قتل الواحد جماعة جعل
واحد منهم مستوفيا حقه على الكمال **قوله** ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل
الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لان الواجب احدهما عنده فاذا فات احدهما تعين
الآخر كما قال لامرأتيه احداكما طالق فماتت احداهما **قوله** واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على
واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رحمه الله تقطع يداهما والمراد اذا امسكا سكينا من جانب واحد
وامراه على يده حتى انقطعت اما لو وضع احدهما السكين من جانب والآخر من جانب واجراها حتى التقى السكينان
لم يجب القصاص عنده وهو يعتبر الطرف بالنفس في الجماعة اذا قتلوا واحدا وجب القصاص على كل واحد كان
كل واحد مستقر به سد باب العدوان والاطراف ملحقة بالنفوس ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض
اليد لان ما انقطع بقوة احدهما لم ينقطع بقوة الآخر ولا يجوز ان يقطع كل واحد بقطع بعض اليد لاشتراط
المماثلة والقياس في النفس هكذا وانما تركناه بالاثر والاجماع وهذا ليس في معناه حتى يلحق بها لان القتل
لا يوصف بالتجزي لانه زهوق الروح ولا يتصور زهاق بعضه دون البعض فاضيف الى كل واحد كملا ضرورة عدم
التجزي اما الفعل في الطرف فيوصف بالتجزي الا ترى انه يتحقق بان يقطع بعض اليد ويترك باقيها فيجعل كل واحد منهما
قاطعا للبعض وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها **قوله** وان قطع واحد يمنى رجلين فحضرا فلهما
ان يقطعا يمينه ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رحمه الله

ان قطعهما على التعاقب يقطع بالاول ويغرم الارش للثاني لان يده صارت مستحقة قصاصا للاول فاذا قطع الثاني وهي
مستحقة للاول لم يستحقها الثاني كمن رهن شيئا من انسان وسلمه اليه ثم رهنه من آخر لم يصح للثاني وان
قطعهما معا يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت قرعته والارش للآخر لان اليد الواحدة لا تفي بالحقين
وعينا بخروج القرعة ولنا ان المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق كالغريمين في التركة
وهذا لان حق كل واحد منهما في كل اليد لتقرر السبب في حق كل واحد منهما وهو القطع المحسوس وكونه مشغولا بحق
الاول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني لان حقه في يده يظهر في حق الفعل لا في غيره فصار المحل خاليا عنه فلا يمنع ثبوت
الثاني بخلاف الرهن لانه يثبت يد الاستيفاء حكما فاذا ثبت للاول استحال ثبوته للثاني كما في الاستيفاء الحقيقي وصار
كما لو قطع العبد يمينيهما على التعاقب فانه يستحق رقبته لهما **قوله** وان حضر واحد منهما دون صاحبه فقطع يده
فللآخر عليه الدية لان للحاضر ان يستوفي حقه ويرد حق الغائب فلا يؤخر استيفاء المعلوم لمكان الموهوم كاحد
الشفيعين اذا حضر والآخر غائب فانه يقضى له بكل المبيع وللآخر دية يده اذا حضر لانه اوفى به مستحقا عليه ولو قضى
بالقصاص بينهما ثم عفا احدهما قبل استيفاء الدية فللآخر القود عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد له الارش
لان القاضي اذا قضى بالقصاص والارش بينهما فقد استويا فيه فعاد حق كل واحد الى النصف فاذا عفا احدهما لم يتمكن الآخر
من استيفاء الكل ولهما ان الامضاء من القضاء في العقوبات ولو عفا احدهما قبل القضاء لهما فللآخر القصاص
لزوال المزاحمة كذا هنا ولو قطع احدهما يد القاطع من المرفق فلهما ديته لانه فات المحل بالظلم لانه لم يوضع السكين
موضعه فصار كما لو سقطت بآكلة فاذا سقط حقهما في القصاص يرجع في الدية والقاطع الاول الخيار ان شاء قطع
ذراع القاطع وان شاء ضمنه دية اليد وحكومة العدل في الذراع الى المرفق **قوله** واذا اقر العبد بقتل
العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يؤدي الى ابطال حق المولى فلا يصح منه كالاقرار بالمال ولنا ان العبد
مبقى على اصل الحرية في حق الحدود والقصاص وبطلان حق المولى ضمني فلا يبالي به وانما رد اقراره بالمال لانه
متهم فيه ولا تهمة هنا لانه يقتل به **قوله** ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول
والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد فيجب فيه القصاص والثاني خطأ في الفعل كانه رمى غرضا فاصاب آدميا ورميه
وان كان سببا واحدا الا ان الحكم مختلف فصار الفعل الواحد منزلة فعلين مختلفين لتعدد الاثر فيعطى كل واحد
حكمه **فصل قوله** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا الى آخره اخذ بهما سواء كانا عمدين او خطأين او مختلفين
تخلل برء او لا في خطأين لم يتخلل بينهما برء فيجب دية واحدة اعلم انه لا يخلو القطع والقتل من ان يتخلل بينهما
برء او لا فان تخلل بينهما برء اعتبر كل فعل بنفسه بموجب الفعلين لان موجب الاول قد تقرر بالبرء فلا يتداخل احدهما
على الآخر حتى لو كانا عمدين فللولي القطع والقتل وان كانا خطأين يجب دية ونصف دية وان كان احدهما عمدا والآخر
خطأ فان كان القطع عمدا والقتل خطأ ففي اليد القود وفي النفس الدية وان كان القطع خطأ والقتل عمدا يجب
في اليد نصف الدية وفي النفس القود وان لم يتخلل بينهما برء فان كان احدهما عمدا والآخر خطأ يعتبر في كل فعل

على حده فيجب في الخطأ الدية وفي العمد القود وإن كانا خطأين يعتبر الكل جناية واحدة إنما فيجب دية واحدة
وإن كانا عمدين فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقتل ولا يقطع وعند أبي حنيفة رضي الله عنه للولي الخيار
إن شاء قطع وقتل وإن شاء قتل ولا يعتبر اتحاد المجلس وتعدده وهو الظاهر لهما أن الجمع بين الجراحات
واجب ما أمكن لأن القتل يقع بضربات في الغالب واعتبار كل ضربة بنفسها يؤدي إلى الحرج إلا أن لا يمكن الجمع بأن يختلف
حكم الفعلين أو يتخلل البرء لأنه قاطع للسراية وقد أمكن الجمع هنا لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فصار كما
لو كانا خطأين وهذا لأن القتل بعد القطع قبل البرء تتميم له أو فصار كسراية الأول وله أن الجمع متعذر
إما لأن جزه فيمنع سراية القطع حتى لو صدر من شخصين يجب على الحاز فصار كتخلل البرء وللاختلاف بين
الفعلين إذ الطرف يسلك به مسلك الأموال بخلاف النفس والقصاص يعتمد المساواة في الفعل لأنه جزاء
الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع ليساويه صورة ومعنى إذ في القتل بدون
القطع المساواة المماثلة معنى لا صورة بخلاف الخطأ لأن موجبه الدية وهي بدل المحل والمقتول واحد فيجب بدل
واحد بدليل أن عشرة لو قتلوا رجلا خطأ يجب عليهم دية واحدة وإن تعدد الفعل لاتحاد المحل ولو قتلوا رجلا
عمدا قتلوا جميعا به لأن القصاص جزاء الفعل فيتعدد بتعدد الفعل وإن اتحد المحل ولأن أرش اليد لو وجب
إنما يجب عند الحز لأنه وقت استحكام أثر الفعل لا قبله لأن الحز يحدث به النفس فيجتمع ضمان الكل والجزء
في حالة واحدة وهما لا يجتمعان أما القتل والقصاص فيجتمعان بخلاف ما إذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل
لاتحاد الفعل قوله ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة فعليه دية واحدة وليس
بضرب التسعين شيء لأن الضربات تلحق بالعدم عند اندمال الأثر بها فكأنه لم يضرب إلا عشرة فمات منها وظاهر الجواب
في كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر أن لا شيء فيها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أوجب فيه حكومة العدل
وعن محمد أنه أوجب أجرة الطبيب وثمن الأدوية ويحتمل هذا تفسيرا للأول قالوا هذا محمول على ما إذا برأ
من تسعين ولم يبق أثر أصلا فإن بقي أثر يعني يجب عليه حكومة العدل لبقاء الأثر قوله ومن قطع يد رجل عمدا
فعفا المقطوع عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وإن عفا عن القطع وما يحدث منه
أو عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ولا شيء على القاتل وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه
وقالا إذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات لهما
أن العفو متى أضيف إلى القطع ونحوه فالمراد به موجبه لأن نفس الفعل لا يحتمل العفو وموجبه أحد
شيئين ضمان الطرف لو اقتصر وضمان النفس لو سرى فيوجب أن يتناول أيهما وجد كما في الجناية فإنها تتناول
الجناية السارية والمقتصرة ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر بدليل أن من أمر إنسانا بقطع
يده فقطع وسرى إلى النفس لا يجب عليه شيء فكان العفو عن القطع عفوا عن نوعيه ولأبي حنيفة أن هذا عفو عن غير حقه
فيبطل كما لو قال لا تقطع يد فلان فإنه لا يوجب البراءة عن النفس وهذا لأن موجب القطع ما سرى عن ضمان

الطرف فأما الواجب في النفس فليس بموجب القطع بل هو موجب القتل وبالسراية تبين أن حقه في موجب
النفس دون موجب الطرف فظهر أنه عفا عن غير حقه فيبطل عفوه إذ العفو إسقاط الحق فيبطل إذا صادف
ما ليس بحقه ويجب القصاص قياسا لأنه قتل نفسا معصومة عمدا إلا أنه تجب الدية استحسانا في ماله لوجود
إضافة العفو إلى حقه من حيث الظاهر فصار شبهة والساري قتل من الابتداء لا قطع والقتل ليس
بموجب القطع فلا يتناوله العفو عن القطع بخلاف العفو عن الجناية لأنها اسم جنس فيطلق على الكل وبخلاف
العفو عن الشجة وما يحدث منها لكونه صريحا في العفو عن السراية والقتل قوله ولو كان القطع خطأ فهو
كالعمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا غير أنه لو كان خطأ فهو من الثلث لأن موجبه المال وهو يتعلق حق الورثة
فيعتبر من الثلث وإن كان عمدا فهو من كل المال لأن موجبه القود وحق الورثة لم يتعلق به لأنه ليس بمال فصار
كما لو أعار أرضه في مرض موته واستغرقها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من كل المال حتى لا يكون للورثة
حق مطالبة المستعير بالمنفعة لأن حق الورثة في المرض إنما يتعلق بما يبقى عنها بعد موت المورث دون المنافع
قوله وإذا قطعت يد رجل عمدا أو خطأ فنكحها على يده ثم مات منها فلها مهر مثلها ثم إن كان القطع عمدا
فالدية في مالها وإن كان خطأ فالدية على عاقلتها وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأن العفو عن اليد أو القطع
إذا لم يكن عنده عفوا عما يحدث والتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع إذا كان عمدا يكون
هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فحال السقوط أولى فلا يصلح مهرا فيجب
مهر المثل وعليها الدية في مالها لأن التزوج وإن تضمن العفو لكن عن القصاص في الطرف فإذا سرى تبين
أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فيجب الدية وإنما تجب في مالها لأنه عمد والعواقل لا تعقل العمد والقياس
أن يجب القصاص على ما مر وإذا وجب لها مهر المثل عليها وقعت المقاصة إن استويا وإن فضلت الدية
ترده على الورثة وإن فضل المهر ترده الورثة عليها وإن كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش
اليد وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على ما
في اليد ولا شيء فيها ولا تقع المقاصة لأن المهر لها والدية على العاقلة ولو نكحها على اليد وما يحدث منها أو على
الجناية ثم مات من ذلك فإن كان القطع عمدا فلها مهر مثلها لأن هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا
يصلح مهرا فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر أو خنزير ولا شيء عليها لأنه إذا جعل القصاص مهرا فقد رضي
بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما لو أسقط بشرط أن يصير مالا فإنه يسقط أصلا وإن كان
القطع خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لأن التزوج على موجبها وموجبها
الدية وهي تصلح مهرا غير أنه يعتبر مقدار مهر المثل من كل المال لأنه مريض مرض الموت والتزوج من الحاجة
الأصلية وما زاد على مهر المثل يكون وصية للعاقلة ويكون الواجب لها مقدار مهر المثل من الدية فإن كان
مهر مثلها والدية سواء فالعاقلة لا يغرمون شيئا من ذلك لها لأنهم إنما يتحملون عنها بسبب جنايتها

فلا تعقلونه بها وان كان سهم منهما اقل من الدية يدفع العاقلة بهم المثل وما زاد على ذلك ان كان يخرج من الثلث
يرفع عنهم ايضا لانه وصية للعاقلة وهم اجانب فيصح وان كان لا يخرج من الثلث يسقط ثلثه ويردوا
الفضل وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد
عفو عما يحدث منه عندهما فكان جوابهما متفقا في الفصلين **قوله** ومن قطعت يده فاقتص له من اليد
ثم مات فله ان يقتله لانه لما مات ظهر ان حقه كان في القصاص المعتبر في الجنايات مالها وقد استوفى اليد
فلا يبطل به حقه ولا يصير شبهة يمكن لها القود اذا استوفى طرف من عليه فانه لا يسقط حقه في قصاص
النفس ولا يجب شيء لقطع اليد لانه كان له اتلاف نفسه وطرفه من نفسه وعن ابي يوسف انه يسقط حقه
في قصاص النفس لان اقدامه على القطع ابراء عما وراءه وقلنا الاستيفاء يعتمد على اعتبار السراية فلم يصر
ابراء بل صار استيفاء بعض حقه وانما يكون ابراء عما وراءه ان لو كان الموجب معلوما وفي وقت القطع زعم
ان حقه في الطرف فانما يستوفيه على انه كل حقه لا على انه ابراء عن شيء آخر **قوله** ومن قتل له عمدا فقطع
يد قاتله ثم عفى وقد قضى له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
لا شيء عليه لانه قطع يد من يباح له نفسه لو اتلفها لم يضمن فوجب ان لا يضمن اليد كما لو قطع يد مرتد ثم اسلم ثم سرى
وهذا لانه استحق اتلاف نفسه بكل اجزائه اذ الحق في النفس يستتبع الحق في الاجزاء فبطل العفو حقه عما
لا عما استوفى فيه قوله ولهذا لو لم يعف لا يجب عليه ضمان اليد وكذا اذا عفى ثم سرى لم يضمن شيئا والقطع الساري
من المفصل وقطع اصابعه ثم عفا عن اليد فانه لا يضمن ارش الاصابع لان الاصابع للكف كالاطراف في النفس
وله انه استوفى غير حقه فيضمن كما لو عفى قبله وهذا لان حقه في القتل لا في القطع وكان القياس ان يجب القصاص
الا انه سقط للشبهة اذا كان له ان يتلف الطرف تبعا واذا سقط القود وجبت الدية وانما لم يضمن في الحال
لاحتمال ان يصير قتلا بالسراية فيظهر انه استوفى غير حقه وحقه في النفس ضرورة حرمة حق القتل وهذه
الضرورة عند الاستيفاء لا قبله فاذا اتصل به الاستيفاء ظهر حقه في الاطراف تبعا فاذا لم يستوف لم يظهر
حقه في الطرف اصلا ولا تبعا فتبين انه استوفى غير حقه فاما اذا لم يعف فانما لم يضمن لمانع وهو قيام الحق في النفس
لاستحالة ان يملك قتله ويكون اطرافه مضمونة عليه فاذا زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب واذا سرى
فهو استيفاء الحق فليس له العفو كان بعد الاستيفاء ولو قطع ثم عفى ثم برئ فهو على الخلاف في الصحيح ولو قطع
ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء لان القطع على وجه يحتمل السراية فكان حز الرقبة تتميما لما اقتضاه القطع
فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح على انا لا نسلم الظهور عند الاستيفاء في التوابع
والاصابع تابعة فاما والكف تابعة لها عرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصبع بخلاف الطرف لانه تبع للنفس
من كل جهة **قوله** ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات ضمن دية النفس عند ابي حنيفة
وعندهما لا يضمن وهو قول الشافعي لانه استوفى حقه وهو القطع ويسقط حكم سرايته اذ لا احتراز عن السراية

عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كيلا ينسد باب القصاص فصار كالامام اذا قطع
يد السارق فسرى الى النفس ومات وكالبزاغ والحجام والفصاد والختان وكما لو قال لآخر اقطع يدي فقطعها ثم سرى
الى النفس ومات وهذا لان السراية تتبع ابتداء الجناية فلم يجز ان يكون ابتداء الجناية مباحا وسرايتها مضمونة
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان حقه في القطع والموجود قتل فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن الا انه سقط القصاص
للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما ذكر من المسائل لانه يجب الفعل على الامام بعد الطلب وعلى غيره بالعقد
واقامة الواجب لا تتقيد بشرط السلامة كالرمي الى الحربي لئلا يكون تكليف ما ليس في الوسع وفي مسألتنا
هو مخير بين الاستيفاء والعفو والعفو مندوب فيتقيد استيفاؤه بشرط السلامة كالرمي الى الصيد

باب الشهادة في القتل

قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة فيقتل ولم يقد ولكن يحبس القاتل فاذا قدم الاخ الغائب
كلف ان يعيد البينة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يعيد وان كان القتل خطا او كان دينا لابيهما على
آخر لم يعد بالاجماع واجمعوا ان القاتل يحبس لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس واجمعوا انه لا يقضى بالقصاص
بالبعض الغائب لان المقصود من القضاء الاستيفاء والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالاجماع لهما ان البينة
متى اقامها من هو خصم لم يجب اعادتها بعد ذلك كما لو احد الورثة ينتصب خصما عن نفسه وعن شركائه فيما
يدعي للميت وعليه كما في دعوى الخطأ ودعوى المال لان القصاص موروث عن الميت حتى يجري فيه سهام الورثة
ويصح عفوه قبل الموت ولو انقلب مالا يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فاذا لم يكلف اعادة البينة
في احد بدلي الدم لم يكلف في الآخر ايضا وله ان القصاص غير موروث لانه يثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثار
والميت ليس من اهله وانما يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة لما انه ملك الفعل في المحل ولا يتصور الفعل
منه ولهذا صح عفو الوارث قبل موت المجروح وانما صح عفو المجروح لان السبب انعقد له بخلاف الدين
والدية لانه اهل الملك في الاموال ولهذا لو نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان القصاص
يثبت للوارث ابتداء لا ينتصب احدهما خصما عن الآخر في اثبات حقه بغير وكالة وبالبينة التي اقامها الحاضر
لا يثبت القصاص في حق الغائب فيعيد البينة بعد حضوره ليتمكن من استيفائه ولا يلزم اذا صار القصاص
مالا صار موروثا لانه لما لم يورث لعدم الفائدة لانه لا يصلح لقضاء حوائج الميت فاذا صار مالا صلح لقضاء
حوائجه فصار مفيدا **قوله** فان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفى فالشاهد خصم ويسقط القود لانه ادعى
حقا على الحاضر وهو سقوط حقه في القصاص وانقلابه مالا ولا يمكن من اثباته الا باثبات العفو عن الغائب فانتصب
الحاضر خصما عن الغائب في الاثبات عليه بالبينة فاذا قضي عليه صار الغائب مقضيا عليه تبعا له **قوله** وكذا لو كان
بين رجلين قتل عمدا واحدهما غائب فهو على هذا الخلاف لان القود هنا واحد مشترك بينهما فالقاتل يدعي بطلان
حق الحاضر في القود وانقلابه الى المال فصار خصما له وصار الغائب مقضيا عليه **قوله** وان كان الاولياء ثلثة

فيها اسان منهم على صاحبيهما انه قد عفى فشهادتهما باطلة لانهما يجران مغنما الى انفسهما بشهادتهما وهو
تمكنهما من استيفاء نصيبهما من الدية وهو عوض منهما لانهما زعما ان القود قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما
فان صدقهما القاتل ولم يصدقهما المشهود عليه فعليه كل الدية ويكون بينهم اثلاثا لانه صدقهما فقد
اقر لهما بثلثي الدية الا انه يدعي بطلان حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويحول نصيبه مالا وان كذبهما
القاتل والمشهود عليه فلا شيء للشاهدين لانهما شهدا بالعفو وقد اقرا ببطلان حقهما في القصاص فصح
اقرارهما وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يصدقان الا بحجة وللمشهود عليه ثلث الدية لان شهادتهما بالعفو
بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود اضيف اليهما فان صدقهما المشهود عليه
وحده غرم القاتل ثلث الدية وهو نصيب المشهود لكنه يصرف الى الشاهدين لانه بزعمه انه قد عفى لا شيء له على
القاتل ولهما على القاتل ثلثا الدية وما في يده ثلث الدية مال القاتل من جنس حقهما فيصرف اليهما والقياس
ان لا يلزمه شيء لانهما ادعيا المال على القاتل والقاتل ينكر فلم يثبت وما اقر للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه
وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين فقد اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص قد سقط
بشهادتهما بالعفو كابتداء العفو منهما والمشهود له ما كذب القاتل حقيقة بل اضاف الوجوب الى غيره وفي مثله
لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان علي مائة فقال المقر له ليس لي ولكنها لفلان فان المال للمقر له الثاني كذا هنا قوله
واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات الى اخره ظاهر قوله واذا اختلف شاهدا القتل
في الايام بان شهد احدهما ان القتل كان في يوم الخميس وشهد الاخر انه كان يوم الجمعة او في البلد بان شهد احدهما
ان القتل في بلد كذا وشهد الاخر انه كان في بلد اخر او فيما به القتل اي الالة التي قتل بها فهو باطل لان القتل لا يتكرر
والقتل في زمان او مكان غير القتل في زمان او مكان اخر فكان كل واحد منهما شاهدا على قتل على حدة فلا يثبت
احدهما وكذا القتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه عمد واحكامهما مختلفة كما مر وكان
على كل قتل شهادة فرد فلا يقبل كذا لو شهد احدهما انه قتله بعصا وشهد الاخر انه قتله لا ادري باي شيء
قتله وهو باطل لان الذي شهد بالعصا شهد بشبه العمد والاخر شهد بمطلق القتل والمطلق يغاير المعين لانه
يحتمل ان يكون عمدا ويحتمل ان يكون خطأ فلم يثبت الاتفاق في المشهود به والاتفاق شرط قوله وان شهدا انه قتله
وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس انه لا تقبل هذه الشهادة لانها شهادة بقتل مجهول
لانه اذا جهلت الالة فقد جهل القتل لان القتل يختلف حكمه باختلاف الالة ولان هذا غفلة عن الشاهدين
وجه الاستحسان انهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل لهذا او حمل العمد المطلق في باب التكفير فيجب اقل
موجبيه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندري على الغفلة بل على انهما سعيا للدرء المندوب اليه في العقوبات
احسانا للظن بهما وذلك سائغ وان كان كذبا لان الشرع اطلق الكذب في اصلاح ذات البين قال صلى الله عليه وسلم ليس
بكذاب من اصلح بين اثنين فقال خيرا او نمى خيرا وهذا احق من ذلك فلا يثبت الا خلاف في الالة السلاح تجب الدية في ماله

لان مطلق الفعل يحمل على العمد في الاصل فلا يثبت الخطأ بالشك قوله واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال
الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما لان كل واحد منهما اقر بانفراده بكل القتل فانه عليه القصاص والمقر له صدق
في وجوب القتل عليه ايضا ولكنه كذبه في انفراده بالقتل وتكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي
لان ذلك يوجب تفسيقه وفسق المقر لا يمنع صحة الاقرار ولو شهد شاهدان بان فلانا قتله وشهد اخران على
اخر انه قتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل كله لان تكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد يبطل شهادته
لان التكذيب تفسيق الشاهد يوجب رد الشهادة الا ترى ان رجلا لو اقر لرجل بالف درهم فصدقه المقر له في النصف
وكذبه في النصف فان الاقرار صحيح فيما صدقه وان كان في الشهادة تبطل الشهادة كلها ولو شهدا على رجل
بقتله خطأ وحكم بالدية فجاء المشهود بقتله حيا فللعاقلة ان يضمنوا الولي لانه قبض الدية بغير حق وان شاء الشهود
لانه تلف بشهادتهم ثم يرجعون على الولي لانهم ملكوا المضمون وهو ما في يد الولي كالغاصب وغاصب الغاصب
والعمد كالخطأ الا في الرجوع ان كان عمدا فقتله ثم جاء حيا تخير الورثة بين تضمين الولي الدية والشهود فان ضمنوا
الشهود لم يرجعوا على الولي عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانهم اوجبوا هنا الولي ما ليس بمال وهو القصاص فلا يستقيم
ان يرجعوا على الولي بمال لانه لا مماثلة بين المال وغير المال وعندهما يرجعون على الولي كما في الخطأ والله اعلم

باب في اعتبار حالة القتل

الاصل ان المعتبر وقت
الرمي في حق الضمان والحل لان الضمان انما يجب بالجناية وانما يصير الشخص جانيا بفعل يدخل تحت اختياره وهو
الرمي دون الاصابة قوله ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه ثم وقع به السهم فمات فعلى الرامي الدية لورثته
المرتد عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا شيء على الرامي لان التلف حصل في محل لا عصمة له والاتلاف غير المعصوم
هدر كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات وله ان الرامي انما يصير قاتلا بالرمي لانه انما يصير قاتلا بفعله
وفعله الرمي لا غير والمرمي اليه وقت الرمي معصوم الا ترى انه لو رمى الى الصيد وهو مسلم ثم ارتد فاصابه السهم وهو
مرتد فجرح الصيد فمات حل اكله ولكن لا يجب القصاص لاعتبار حالة التلف لانه يصير شبهة في سقوط العقوبة
فيجب الدية قوله ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم فوقع السهم عليه فلا شيء على الرامي عندهم وكذا اذا رمى حربيا
فاسلم لان الرمي لم ينعقد موجبا للضمان لان المرمي غير معصوم فلا يجب به الضمان وان صار معصوما بعده قوله
وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم اصابه السهم فمات منه فعلى الرامي قيمته للمولى عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف
وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي لان ما يوجبه السهم عليه اوجب سراية على المحل فصار ذلك
كالجرح الواقع به ولو جرحه ثم اعتقه مولاه ثم انقطعت سرايته خاصة ولم يضمن ديته ولا قيمته ولكن يضمن نقصانه
لنقصان قيمته بالاصابة الى ما قبل الرمي كذا هنا وقالا رحمهما الله عليه القيمة لان الرمي انما صار علة عند الاصابة
اذ الاتلاف لا يتصور على من غير تلف يتصل به وقد تلف به الحر ولهما ان الرامي يصير قاتلا من وقت الرمي لما مر ووقت
الرمي المرمي عبد فلزمه قيمته للمولى بخلاف ما لو قطع يد عبد انسان خطأ ثم اعتقه مولاه ثم مات لا يجب عليه قيمة النفس

ولا دية وانما يجب ارش النقصان الذي نقصه القطع الى ان عتق لان بالجرح او القطع اتلف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى بعد السراية لو وجب لوجب للمجد فصار الانتهاء مخالفا للابتداء فصار ذلك كبدل المحل عند بدل المحل لا يتحقق السراية كذا هنا اما الرمي قبل الاصابة فليس باتلاف شيء منه اذ لا اثر له في المحل وانما يقلل الرغبات فيه فلم يخالف الانتهاء الابتداء فيجب قيمته للمولى قوله ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم اصابه الحجر فلا شيء على الرامي لانه حين رمى مباح القتل والمعتبر حالة الرمي ورمى سهما الى صيد ثم ارتد الصيد وان رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم اصابه السهم لم يؤكل لان المعتبر حال الرمي في الحل والحرمة اذ الرمي هي الذكوة فيعتبر الاهلية وعدمها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فاصابه السهم فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الجزاء انما يجب بالجناية ورميه في حال الاحرام جنايته على احرامه فلزمه الجزاء ولا يعتبر بالاحلال ورميه قبل الاحرام ليس بجناية ولا يصح له في الاصابة فلا يلزمه شيء وان اصابه بعد الاحرام

كتاب الديات

الدية مشتقة بالاداء لانها تؤدى في مقابلة النفس لم يسم قيمة لان قيمة اسم لما قام مقام الفائت وفي قيامه مقام الفائت قصور لعدم المماثلة بينهما كذا في المبسوط وقال المطرزي انها ليست مشتقة من الاداء بل هي مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر والارش اسم للواجب على ما دون النفس قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة بان قوله ودية اي دية شبه العمد مغلظة على العاقلة على ما ذكرنا من قضية عمر رضي الله عنه اعلم انهم اختلفوا في صفة التغليظ فعند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما مائة من الابل ارباعا كما بين في المتن وقال محمد والشافعي رحمهما الله ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها والخلفة الحامل لهما قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولانه لا خلاف ان التغليظ واجب لشبهه بالعمد ومعنى التغليظ ان يوجب فيه ما لا يوجبه في الخطاء ولهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الدية مائة من الابل ارباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطاء لانها في الخطأ اخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد ولانه لا خلاف ان الواجب مقدر بمائة من الابل بعد قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل فلو اوجبنا الخلفات لزدنا على المائة من وجه وله عرضية الانفصال فصار ذلك ايجاب الزيادة على ما قدره الشرع وهو باطل وما رواه ساقط لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في صفة التغليظ فان ابن مسعود رضي الله عنه يقول ان التغليظ ارباعا كما قلنا وعلي رضي الله عنه يقول اثلاثا ثلثة وثلثون حقة وثلثة وثلثون جذعة واربعة وثلثون خلفة وعثمان رضي الله عنه يقول اثلاثا من الاسنان من كل سن ثلثة وثلثون وثلث وعمر وزيد بن ثابت والمغيرة وابو موسى الاشعري رضي الله عنهم يقولون كما قالا اي محمد والشافعي رحمهما الله ولم يحتج احد بما رويا فلو كان صحيحا لما اختلفوا مع هذا النص ولاحتج به بعضهم على بعض قوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل لان الشرع ورد به فان قضى بالدية في غير الابل لم يتغلظ لما بينا قوله والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا

الى اخرها ما قرر في المتن قوله عمران عند الشافعي رحمه الله يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض بقول علي رضي الله عنه والحجة عليه ما ذكرنا من قول ابن مسعود رضي الله عنه لكونه مرفوعا وقول علي رضه موقوف قوله ومن العين الف دينار لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وعليه الاجماع وعشرة آلاف درهم وقال مالك والشافعي رضي الله عنهما اثنا عشر الف درهم وفي كتاب عمرو بن حزم ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الدية من الدراهم اثني عشر الفا ولانه لا خلاف انها من الدنانير الف دينار وكانت قيمة كل دينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وما رواه يحتمل انه قضى بدراهم كان وزنها ستة فان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة ويحتمل انه قضى بطريق القيمة من الابل فقضى بالابل فقضى بقيمته ولان الاخبار اذا تعارضت فالاخذ بالمتيقن اولى قوله ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة قيمة كل بقرة خمسون درهما ومن الغنم الفا شاة قيمة كل شاة خمسة دراهم ومن الحلل مائتا حلة والحلة ثوبان ازار ورداء وقيمة كل حلة خمسون درهما كذا في شرح الطحاوي وغيره لهما قضية عمر رضي الله عنه فانه جعل الدية على اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل الورق عشرة الاف درهم وعلى اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الشاة الفي شاة مسنة وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الحلل مائتي حلة ولابي حنيفة رضي الله عنه ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية والشيء مجهول المالية وهذه الاشياء مجهولة ولهذا لا يتقدر بهذه الاشياء في ضمان ما فلا يصلح هنا ايضا وكان القياس في الابل هكذا الا انا تركناه لانه اشتهرت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد تركنا القياس بها في الابل خاصة ويحتمل ان عمر رضي الله عنه انما قضى بذلك بطريق الصلح كما قضى بالدراهم او الدنانير اذ الصلح من الدية على مال اخر جائز فان قلت ليس انه ذكر في المعاقل لو صالح الولي عن الدية على اكثر من الفي شاة او على اكثر من مائتي بقرة او اكثر من مائتي حلة لا يجوز الصلح وهذا يدل على ان هذه الاصناف في الدية اصول مقدرة عنده كما هو عندهما اذ لو كان بدلا لجاز كما لو صالح على بدل اخر قلت قد قيل انه قول الكل فارتفع الخلاف وقيل هو قولهما اما عند ابي حنيفة رضي الله عنه ينبغي ان يجوز قوله ودية المرأة على النصف من دية الرجل لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس حتى يجب في قتل المرأة خطأ خمسة الاف درهم وفي قطع يدها الفان وخمسمائة وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه ثلث الدية وما فوقها تنصف وما دونها لا تنصف وبه اخذ الشافعي رحمه الله وقد روي ان ربيعة رحمه الله دخل على سعيد بن المسيب وكان يعتقد مذهب زيد رضي الله عنه فسأله عمن قطع اصبع امرأة ماذا يجب قال عشر من الابل ثم قال لو قطع اصبعين منها قال يجب عشرون فقال لو قطع ثلثة اصابع منها قال يجب ثلثون فقال لو قطع اربعة اصابع فقال يجب عشرون فقال ربيعة سبحان الله كلما كثر المها قل عقلها فقال له هكذا السنة قلنا اراد به سنة زيد بدليل ما روينا وقد روي علي رضي الله عنه مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم دية المرأة

على النصف من دية الرجل ولان حالها انقص من حاله ومنفعتها اقل من منفعته وقد ظهر اثر نقصانها في النفس
فكذا في اطرافها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قوله ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي دية
الكتابي اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل دية النصراني
واليهودي اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك رحمه الله دية الكتابي ستة الاف درهم وهو
احد قولي الشافعي رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عندنا اثنا عشر الفا
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وعشرة الاف درهم وعن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما قالا
دية الذمي مثل دية الحر المسلم وما رويناه اشهر مما رواه لظهور عمل الصحابة به رضي الله عنهم فصل فيما
تجب فيه الدية وتجب الدية في النفس وفي الانف والمارن وفي اللسان وفي الذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر
والشم والذوق واللحية اذا لم تنبت وشعر الراس واذا نبتت اللحية بيضاء لا يجب شيء في الحر وفي العبد يجب حكومة
العدل والاصل في وجوب الدية في النفس قوله تعالى ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ وقوله صلى الله عليه وسلم
في النفس المؤمنة مائة من الابل ثم ما لا ثاني له في البدن من اعضاء او معان مقصودة فاتلافها كاتلاف النفس في
انه يجب بها كمال الدية وذلك بما عددناه والاصل فيه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا
في الادمي على الكمال يجب فيه كل الدية لان فيه اتلاف النفس من وجه اذ النفس لا تبقى منتفعا بها من ذلك الوجه
واتلاف النفس من وجه ملحق بالاتلاف من كل وجه في الادمي تعظيما له اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالدية كلها في اللسان والانف فعقسنا عليه غيره اذا كان في معناه فقوله في الانف الدية لانه ازال جمالا
على الكمال لان كل الوجه به فصارت النفس باعتباره كانها هالكة من وجه وكذا لو قطع المارن والارنبة
لان تفويت الجمال به يحصل ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لان المجموع عضو واحد وكذا
في اللسان الدية لانه يتعلق به منفعة مقصودة وهو التكلم فان الادمي انما امتاز عن سائر الحيوان بالبيان
وبه من الله تعالى علينا قال الله تعالى خلق الانسان علمه البيان ولانه لا يقدر على اقامة مصالحه الا بافهام
اغراضه لغيره وذا يفوت بقطع اللسان وكذا في قطع بعض اللسان اذا منع الكلام الدية لان الدية انما تجب
بتفويت المنفعة لا بتفويت صورة الالة وتفويت المنفعة يحصل بقطع البعض اذ امتنع الكلام ولو قدر
على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا تقدر يجب
فان الهاء والعين والحاء لا عمل للسان فيها فلا يعتبر ذلك في القسمة وقيل ان قدر على اداء اكثر الحروف تجب
فيه حكومة عدل لانه يحصل الافهام به مع ضرب خلل وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل
به منفعة الكلام قوله وكذا الذكر في الذكر الدية لان في قطعه تفويت منفعة مقصودة من الادمي وهو
الايلاد والاستمساك البول الذي به عند الحاجة والايلاج هو طريق الاعلاق عادة وفي الحشفة كمال الدية
لانها الاصل في منفعة الايلاج والدفق به والقصبة في معنى التابع قوله وفي العقل السمع والبصر

والشم والذوق كمال الدية في كل واحد منها لان في كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي عن عمر رضي الله عنه
انه قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة على الراس ذهب بها عقله وسمعه وبصره ونطقه
ذوقه ولان العقل من اعظم ما يختص به الادمي فانه يدرك الاشياء ويمتاز من البهائم وكذا غيره منفعة
مقصودة فيفوت بها الفوت النفس قوله وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه ازال جمالا على الكمال
قوله وفي شعر الراس الدية يعني اذا حلق ولم ينبت لما بيناه وقال مالك والشافعي رحمهما الله يجب فيهما حكومة
عدل لانه شعر ينمو من البدن بعد كمال الخلقة فلا يتعلق بحلقه كمال الدية كشعر الصدر والساق وهذا لانه
زيادة في الادمي ولهذا يحلق شعر الراس كله وبعض اللحية في بعض البلاد ولو كان مقصودا لما حلق وليس فيه
تفويت منفعة كاملة ووجوب كمال الدية يعتمد تفويت منفعة كاملة والدليل عليه انهما لو حلقا في العبد لا يجب فيه كمال الدية
بل حكومة عدل وفي العبد يجب كمال القيمة ولو حلق لحيته عند الامام يجب كمال القيمة بالاتفاق اذا افسد المنبت وانما يلزم نقصان
القيمة فكذا في حق الحر ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال في الراس اذا حلق فلم ينبت الدية كاملة
والمنقول عنه في هذا الباب كالمرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم لانه لا يهتدى اليه بالراي ولانه فوت
عليه جمالا على الكمال لان اللحية في اوانها جمال وكذا في شعر الراس جمال كامل الا ترى ان الاقرع يتكلف في ستره
فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الاذنين الشاخصتين والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
ان لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالقرون والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق
لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد ففيها روايتان روى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يجب كمال
القيمة وفي ظاهر الرواية انه يجب نقصان القيمة لان المقصود في العبد الاستخدام دون الجمال وبحلق
اللحية لا يفوت هذا المقصود واما الجمال فمقصود في الاحرار فتفويته يوجب كمال الدية وفي الشارب حكومة
عدل في الصحيح لانه تابع اللحية فصار كطرف من اطرافها واختلفوا في لحية الكوسج والاصح انه اذا كان على ذقنه
شعرات معدودة فليس في حلقها شيء لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك فكان على الذقن
والخد جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان في هذا بعض الجمال ولكنه ليس بكامل وهذا كله اذا
افسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق لفعل الجاني اثر فهو بمنزلة الضربة التي لم يبق
اثرها في البدن ولكنه يؤدب على ذلك لارتكابه ما لا يحل له وان نبت بيضاء ذكر في النوادر انه لا يلزمه شيء
عند ابي حنيفة رضي الله عنه في الحر لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية وعندهما يجب حكومة عدل لان بياض
الشعر جمال او انه في غير اوانه ففيه حكومة العدل باعتباره وفي العبد يجب حكومة عدل عندهم لانه ينقص
قيمته ويستوي العمد والخطا في حلق الشعر واللحية لان القصاص لا يجب في شيء من الشعور لان العقوبة
فلا يثبت قياسا وانما يثبت نصا او دلالة النص انما ورد في الجراحات قال الله تعالى والجروح قصاص وهذا
ليس في معناها لانه لا يحتاج في حلقها الى الايلام فلا يتوهم فيها السراية كما في الجراحات واما ما يكون وجا في البدن

ففي قطعهما كمال الدية وفي احدهما نصف الدية والاصل في ذلك انه صلعم قال في العينين الدية وفي اليدين الدية وفي
احدهما نصف الدية وفي الرجلين الدية وفي احدهما نصف الدية وفي العينين واليدين والشفتين والحاجبين
والرجلين والاذنين وثديي المرأة الدية وفي احدهما النصف الدية وقال مالك والشافعي رحمهما الله حكومة
عدل في الحاجبين لانهما لا يوجبان الدية في السعود والاصل ان تفويت كل شيء من هذه الاشياء تفويت جنس
المنفعة او تفويت الجمال على الكمال فيجب كل الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية وهذا
لان في تفويت العينين واليدين تفويت منفعة الابصار والبطش وفي الشفتين تفويت منفعة امساك الطعام
عند الاكل ومنفعة الجمال وفي الحاجبين تفويت منفعة الجمال وفي الرجلين تفويت منفعة المشي وفي
الاذنين تفويت الجمال على الكمال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاذنين بالدية وفي الانثيين
تفويت منفعة الامناء والنسل وفي الثديين تفويت منفعة الارضاع بخلاف ثديي الرجل لانه ليس فيه تفويت
المنفعة والجمال على الكمال فيجب حكومة عدل وفي حلمتي المرأة كمال الدية وفي احدهما نصف الدية لفوات
جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن لانه اذا لم يكن لهما حلمة يتعذر على الصبي التقامهما عند
الارضاع واما ما يكون ارباعا في البدن كاشفار العينين ففي اشفار العينين الدية اذا لم تنبت وفي احدها
ربع الدية ثم يحتمل ان يراد بها الاهداب مجازا لان شعر العينين ينبت بالاهداب ويسمى الهدب شفرا تسمية للنابت
باسم المنبت لمجاورة بينهما كالراوية للقربة وان كانت حقيقة في البعير وهذا لانه يتعلق منفعة الجمال
ومنفعة دفع الاذى والقذى عن العين لانه بالاهداب ينفي الاذى عن العين فاذا كان الواجب
في الكل كل الدية وهي اربعة فيجب في احدها ربع الدية وفي ثلثة منها ثلثة ارباعها ويحتمل ان يراد بها
منابت الشعر والحكم فيها هكذا قوله ولو قطع الجفون باهدابها فعليه دية واحدة لان الاشفار مع
الجفون كشيء واحد كالمارن مع القصبة قوله وفي كل اصبع اعلم ان ما يكون اعشارا في البدن فاصابع
اليدين والرجلين ففي قطع اصابع اليدين والرجلين كمال الدية وفي كل اصبع من اصابع اليدين
او الرجلين عشر الدية لقوله صلعم وفي كل اصبع عشر من الابل لان في قطع الكل تفويت جنس منفعة البطش
او المشي وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها والاصابع كلها سواء لاطلاق ما رويناه ولان
الكل سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كالاسنان واليمين مع الشمال قوله وكل اصبع
فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع لانه قدر ثلثه وما فيها مفصلان كالابهام ففي احدهما نصف
دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قوله وفي كل سن اي ما يزيد على الاعشار كالاسنان
ففي كل سن خمس من الابل او خمسمائة درهم لقوله عليه السلام في كل سن خمس من الابل والاسنان كلها سواء
كذا الحديث ولان الكل سواء في اصل المنفعة كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه
القصاص لما مر في الجنايات قوله ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت

والعين اذا ذهب ضوؤها لان الحكم منوط بتفويت جنس المنفعة لا بتفويت الصورة قوله ومن ضرب صلب غيره
فانقطع ماؤه تجب الدية لان فيه تفويت منفعة كاملة وهي منفعة النسل وكذا لو احدبه لان فيه تفويت الجمال على
الكمال لان جمال الادمي في كونه منتصب القامة قال تعالى لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم قالوا المراد به
انتصاب القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر ولو بقي اثر الضرب ففيه حكومة عدل لانه
بقي بعض الشين ببقاء اثر الضرب فصل في الشجاج وهي عشرة الحارصة الى اخره ظاهر قوله ففي
الموضحة القصاص لما ثبت عنه انه صلى الله عليه وسلم قضى بالقصاص في الموضحة ولان اعتبار المساواة فيها ممكن
بان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان والجنايات فيما دون النفس توجب القصاص اذا امكن اعتبار المساواة فيها
قوله ولا قصاص في بقية الشجاج بناء على ان القصاص انما يجري فيما دون النفس بشرط المساواة ولا يمكن تحقيق
المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان في الهاشمة والمنقلة يحتاج الى كسر العظم وقال صلى الله عليه وسلم
لا قصاص في العظم وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنهما وقيل الصحيح ان يجب القصاص فيما دون
الموضحة من الشجاج وهو ظاهر الرواية لان عملها في الجلد واللحم واعتبار المساواة فيهما ممكن بان يسبر غورها
بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع قوله وفيما دون الموضحة كالحارصة والدامعة
والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهدارها فصار الى
حكومة العدل عن ابرهيم النخعي وعن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم انهما قالا ما دون الموضحة من السمحاق بمنزلة
الخدوش ففيها حكومة عدل قوله وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الامة ثلث الدية وفي الجائفة
ثلثا فان نفذت الجائفة فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية فانه صلى الله عليه وسلم قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة
عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الامة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه حكم
في جائفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى
من جانب الظهر فيجب في كل منهما ثلث الدية قوله وعن محمد انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يظهر
اللحم ولا تقطعه وما ذكرناه مبدأ اي اولا مروي عن ابي يوسف وهو ظاهر الرواية وهذا اختلاف راجع الى ماخذ
الكلمة لا في الحكم ولم يذكر محمد رح الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة بل يكون قتلا
لا شجة قوله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب
على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما كالساق واليد والصدر والبدن حكومة عدل لان الاثر في التقدير جاء في
الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناهما حتى يلحق بهما لانه لما ورد الحكم فيهما بمعنى الشين الذي يلحقهما ببقاء اثر الجراحة
والشين انما يلحق فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس قوله واما اللحيان من الوجه عندنا لاتصالهما به
فلا فاصل وتحقق معنى المواجهة فيهما وقيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله لعدم المواجهة فيهما حتى لو وجد فيهما
ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر والذقن من الوجه اتفاقا والجائفة تختص بجوف الرأس وجوف البطن قوله وتفسير



العدل اعلم انهم اختلفوا في التفسير حكومة العدل فقال الطحاوي السبيل في ذلك ان يقوم لو كان مملوكا دون
هذا الاثر ويقوم مع هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية
وان كان يقدر ربع العشر يجب ربع العشر من الدية وعليه الفتوى وقال الكرخي رضي الله عنه ينظر كم مقدار
هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان وجوب نصف عشر الدية في الموضحة
بالنص وما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه باعتبار المعنى قيل تفسير قول الكرخي رحمه الله يجب في الحارصة سبع عشر
الموضحة وفي الدامعة سبعان من ارش الموضحة وفي الدامية ثلثة اسباعه وفي الباضعة اربعة اسباعه وفي
المتلاحمة اسباعه وفي السمحاق ستة اسباعه وقيل ان يسبر غورها بمسبار ثم يجعل علامة على ذلك ثم ينظر الى
الجراحات التي ليس فيها ارش مقدر لمن كان غورها مقدار ثلثها اسلافيجب ثلث ذلك وقس على هذا كذا قاله شيخي رحمه الله
فصل قوله وفي اصابع اليد نصف الدية بناء على ان في كل اصبع عشر الدية على ما رويناه وكان في الخمس نصف
الدية ضرورة قوله فاذا قطعها مع الكف ففيها ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام في اليدين الدية وفي
احدهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان قوام البطش بها قوله وان قطعها مع نصف الساعد ففي
الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو رواية
عن ابي يوسف وعنه ان ما زاد على اصابع والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لانه صلى الله عليه وسلم قضى
على قاطع اليد نصف الدية خمسة الاف واليد من راس الاصابع الى الاباط فلم يجز الزيادة على اليد بالشرع ولان
الساعد ليس له ارش مقدر كالكف ولهما ان ارش اليد انما يجب باعتبار انه اله باطشة والاصل في البطش
الاصابع والكف تبع لها اما الساعد فلا تبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها في حق التضمين
ولانه اما ان يجعل تبعا للاصابع او الكف ولا يمكن جعله للاصابع لان الكف حائل بينه وبين الاصابع والتبع ما يكون
متصلا بالاصل فلا يمكن جعله تبعا للكف لان الكف في نفسه تبع للاصابع ولا تبع للتبع فاذا تعذر جعله تبعا وتعذر
اهداره وليس فيه ارش مقدر فيجب حكومة العدل ولا حجة له في الحديث لان اليد اذا ذكرت في موضع القطع
فالمراد به من الزند بدليل اية السرقة قوله وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية
وان كانت اصبعان فخمس الدية ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ينظر الى ارش الكف
وهو حكومة عدل والى ارش ما بقي من الاصابع فيكون عليه الاكثر ويدخل الاقل في الاكثر لهما ان الجمع بين ارش الاصبع
وارش الكف متعذر لان الكف تبع للاصابع فكان ضمان الاصابع هو ضمان الكف فهو ضمان الاصابع وهو شيء واحد
ولم يمكن ابطال احدهما لان كل واحد منهما اصل من وجه فيجب الترجيح بالكثرة ولابي حنيفة ان الاصل فيرجح باعتبار
من المقدار الى المستند مع الصغار والاصابع اصل حقيقة لان تقوم الكف بالاصابع وهي المنفعة المطلوبة وحكما فان ارش البطش صح
الاصبع مقدر شرعا ولهذا جعل الكف تبعا لجميع الاصابع فالترجيح من حيث الذات احق من الترجيح بمقدار الواجب
قوله ولو كان في الكف ثلثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان اكثر الاصابع لما كانت قائمة

جعل كقيامها كلها فتكون الكف تابعا لها لان اقامة الاكثر مقام الكل اصل في الشرع قوله وفي الاصابع الزائدة
والسن الزائدة حكومة عدل لانه لا منفعة فيه ولا زينة ولا يجب ارش مقدر ولكنه جزء من الادمي فلم يكن
اهداره فيجب فيه الحكومة تحظيا للادمي قوله وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعرف صحته حكومة عدل
وقال الشافعي يجب دية كاملة لان الاصل هو الصحة فاشبه قطع يمين الصبي بلا اذن منه ولنا ان السلامة لم تثبت
بالدليل انما ثبت بناء على الظاهر وهو لا يصلح للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو
الجمال والزينة وفيه لا اختلاف بين البالغ والصبي ولا يلزم جواز تحرير عن الكفارة لانه ما مور بتحرير الرقبة الظاهر
سلامتها يتحقق الامتثال بتحرير الرضيع فلا يجب غيرها بالشك فاما الظاهر هنا لا يصلح حجة لايجاب القصاص
والدية ولا يجاب بالشك على انه قال فخر الاسلام ما ويل تحرير غير البلسير انه عتق ثم عاش حتى ظهر سلامته حتى
لو مات قبل ان يظهر سلامة اطرافه لم يتادى به وبالقطع ههنا تحسم باب حدوث السلامة ومعرفتها فلهذا امتنع
القصاص والدية وفي ذكر الخصي والعنين حكومة عدل وقال الشافعي يجب دية كاملة لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم
وفي الذكر الدية من غير فصل ولنا ان المنفعة الاصلية من غير هذا العضو الايلاج والاحبال فاذا عدمت هذه
المنفعة فلا يجب فيه دية كاملة كالعين القائمة التي ذهب نورها واليد الشلاء والرجل الشلاء قوله
ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية وقال زفر رحمه الله لا يدخل لانهما جنايتان
مختلفتان فيما دون النفس فلا يتداخلان قياسه على ما اذا ذهب سمعه او بصره او كلامه فان هناك عليه
ارش الموضحة مع الدية اتفاقا ولنا ان تفويت العقل يجري مجرى الاهلاك فانه تفوت به منفعة سائر الاعضاء
فصار كما لو شجه موضحة فمات ووجب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا سقط الشعر على ذلك واستوى
لا يجب شيء واذا وجب كمال بدل النفس باعتبار ذهاب الشعر لا يجب ما دونه باعتباره ايضا وصار كما لو قطع
اصبع رجل فشلت يده والاصل فيه ان ضمان الجزء يدخل في ضمان الكل كما اذا اوضحه فمات وبفوات العقل تفوت
منفعة جميع الاعضاء فصار كالروح في الجسد قوله وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة
مع الدية عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يدخل في دية السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر لانه
ظاهر فلا يلحق بالعقل اما السمع والكلام مبطن فالحقا بالعقل ولهما ان كل واحد من هذه المنافع اصل
بنفسها فيجب حكم الجناية بتعدد اثر الفعل لم يتبع واحد منها لكل ما سواه بخلاف العقل لان
منفعته تعود الى كل الاعضاء اما منفعة السمع والبصر فمختصة فلا يدخل بعضها في بعض كالاعضاء
المختلفة قوله ومن شج رجلا موضحة فذهب عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويجب الدية
فيهما وقالا في الموضحة القصاص وفي الدية في البصر وروى ابن سماعة عن محمد انه يجب القصاص في الموضحة والعينين
وان قطع اصبع غيره عمدا فشلت اصبع اخرى بجنبها لم يجب القصاص فيهما عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهو
قول ابي يوسف والحسن رحمهما الله وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او كل اليد فلا

قصاص في شيء من ذلك اجماعا وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل ولو كسر سن رجل فاسود
ما بقي او اصفر او احمر او اخضر فلا قصاص في شيء من ذلك اجماعا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال
اقطع المفصل واترك ما بقي او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع
موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال اشج موضحة واترك الزيادة والاصل ان الجناية متى وقعت على
محلين متباينين حقيقة فوجب المال في احدهما لا يمنع وجود القود في الآخر ومتى وقعت على محل واتلفت
شيئين احدهما يوجب القود والآخر يوجب المال يجب المال في الكل اجماعا ثم قال الجناية وقعت على محلين متباينين
لا ان بينهما حائلا فاتحد حكم محلين كل واحد منهما يبتدأ فلم يجد الشبهة من احدهما الى الآخر كما لو رمى سهما
الى انسان فاصابه ونفذ منه الى غيره فعليه القود في الاول والدية في الثانية ولو قطع اصبعا فاضطربت
السكين فاصابت اصبعا اخرى خطأ منه فانه يقتص في الاولى وفي الثانية بخلاف السن اذا اسود ما بقي
او الاصبع اذا شل ما بقي منها او سلبت اليد كلها لاتحاد المحل لان ذلك بمنزلة شيء واحد والى ابي حنيفة رضي الله عنه
ان الجزاء بالمثل والجرح الاول ساد وليس في وسعه الساري فيجب المال لان سراية الفعل مع ابتداء الفعل كشيء
واحد فان السراية لا تنفصل عن الجناية وقد اتحد المحل من وجه بواسطة اتصال احدهما بالآخر فاذا لم يكن
آخر الفعل موجبا للقود لا يكون اوله موجبا له لانه بالنظر الى الابتداء عمد وبالنظر الى الانتهاء خطأ فصار
خطأ من وجه دون وجه فلا يكون موجبا للقود للشبهة بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية الآخر اذ لا
تتصور سراية الفعل من شخص الى شخص وانما تتصور في شخص واحد بخلاف السكين اذا اتصل الى موضع آخر
لان القطع في الاصبع الاخرى ليس اثر الفعل الاول بل الفعل حله مقصودا فقصد بحكمه ووجه رواية ابن سماعة
عن محمد رحمه الله ان سراية الفعل ينسب الى الفعل شرعا فيجعل الفاعل مباشرا للسراية فيوجد به كما لو سرى الى
النفس فانه يجب القصاص وبهذا لا تطرق المباشرة بخلاف ما لو قطع اصبعا فشلت بجنبها اخرى لانه لا قصاص
في الشلل اما ذهاب البصر فيجري فيه القصاص فصار الاصل عند محمد رحمه الله على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه
القصاص يوجب كما لو سرت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر حصل بطريق
التسبب فان الفعل بقي شجة على ما كانت والاصل في سراية الافعال انها اذا حدثت لم يبق الاول كالقطع
اذا سرى الى النفس صار قتلا ولم يبق قطعا وههنا الشجة لم تزل بذهاب البصر فكان الفعل سببا الى فوات
البصر كحفر البئر والتسبب لا يوجب القصاص **قوله** لو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص عليه رواية
ابن سماعة وعلى الرواية المشهورة لا قصاص ولو ضربه بعضا فاوضحه ثم ضربه اخرى الى جنبها ثم تآكلتا
صارتا واحدة فهما موضحتان ويجعل الرواية المشهورة لا قصاص وبعض منه على قول محمد رحمه الله ولو قلع سن رجل
فنبتت مكانها اخرى سقط الارش عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية وقعت موجبة
والذي نبت نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو اتلف مال انسان فحصل للمتلف عليه مال آخر مثله لان

الجناية قد انعدمت معنى ولهذا لو قلع سن صبي فنبتت مكانها لا يجب الارش بالاجماع ولهذا لان الموجب فساد
المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى وما فات عليه منفعة ولا زينة فلا يجب الارش وعن ابي يوسف
انه يجب حكومة عدل لوجود الالم الحاصل **قوله** ولو قلع سن غيره فردها صاحبها الى مكانها
ونبت عليها اللحم فعلى القالع تمام الارش لان هذا النبوت غير معتد به والعروق لا تعود وكذا لو قلع اذنه
فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه **قوله** فعلى الذي نبتت سنه لصاحبه خمسمائة درهم
واصل هذا ان القصاص واجب في السن نزعت او كسرت وانما يجب لفساد المنبت لهذا لو نبتت كما كانت
قبل القصاص يبطل القصاص وفساد المنبت لا يتبين الا بمضي الزمان وقد جعل ذلك حولا لان الحول
حسن للانتظار في معنى كشف الحال كما في اجل العنين فاذا استوفى حولا فلم ينبت وجب استيفاء القود فاما
لو وفاه بالناس ليبطل القصاص فيه تضيع الحقوق فصار الحول لاجله على الناس غالبا فاقيم مقامه
فاذا نبتت من بعد يبطل الحكم بالحول وتبين انه استوفى القود وليس له حق الاستيفاء فضمنه كانه نزع سنه
ظلما وانما لم يلزمه القود لان فعله حق في الظاهر فصار شبهة فيجب المال **قوله** ولو ضرب انسانا سنه
فتحركت يستأنى حولا لينظر اثر فعله فان اجله القاضي حولا ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل الحول
فقال المضروب سقطت من ضربك وقال الضارب لا بل من ضرب رجل آخر فالقول للمضروب لان الظاهر يشهد له
وهذا بخلاف ما لو شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول للضارب لان الموضحة
لا تؤثر في المنقلة فلا تضاف اليها اما الضربة المحركة للسن مؤثرة في السقوط فتضاف اليها وان جاء بعد
السنة واختلفا فالقول للضارب لان التاجيل ما كان الا لينظر اثر فعله في تلك المدة وكان غرضه من اعتبار
الاجل ان يعتبر قول المضروب اذ لو لم يعتبر لم يكن مفيدا فاما بعد مضي الحول فقد انتهى وقت ظهور الاثر
فالمضروب يدعي على الضارب سبب السقوط من اثر فعله وهو مضمون عليه وهو ينكر فكان القول قوله ولو لم يسقط
لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف رحمه الله يجب حكومة الالم وسيجيء الوجهان ان شاء الله تعالى ولو لم يسقط
ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القود لانه لا يمكن رعاية المماثلة
اذ ليس في وسعه ان يضربه ضربا يسود سنه فان اصفرت روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان فيها حكومة
عدل ذكره هشام في نوادره عن محمد عن ابي حنيفة رضي الله عنهما قال في الحر لا يجب شيء وفي المملوك حكم عدل
وعند محمد فيهما حكم عدل وهو قول ابي يوسف رحمه الله لان الجمال على الكمال في بياض السن فبالصفرة ينقص معنى الجمال
فيها وهذا في المملوك حكم عدل فكذا في الحر ولابي حنيفة رضي الله عنه لان الصفرة من الوان السن فلا يكون
دليل فوت السن بخلاف السواد فانه دليل فوته والمطلوب بالسن في الاحرار المنفعة وهي قائمة بعدما اصفرت
وفي المملوك المالية وقد ينقص المالية بالاصفرار وكذا ذكره في المبسوط **قوله** ومن شج رجلا فالتحمت
ولم يبق لها اثر ونبت الشعر او ضرب رجلا فجرحه فبرأ وذهب اثره لا يجب عليه الارش عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف

عليه ارش الالم وهو حكومة باعتبار الالم الحقه وقال محمد عليه قدر ما انفق في معالجته الى ان يبرأ لانه انما لزمه
اجر الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله فيرجع عليه ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان الموجب هو الشين وقد زال فلا قيمة لمجرد الالم ولهذا لو ضربه ضربة تألم بها ولم تؤثر فيه لا يجب شيء
وان ضربه فجرحه فبرأ وبقي اثر الضرب فعليه ارش الضرب **قوله** ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه
حتى يبرأ وقال الشافعي رح يقتص منه في الحال كما في القود في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر
لامر موهوم ولنا قوله صلعم يستأنى في الجراحات سنة ولان المعتبر في الجنايات مآلها لا حكمها في الحال
غير معلوم فربما يسري الى النفس فيظهر انه قتل فما لم يستقر حكمها على شيء بالبرء او الهلاك لم يدر انها
ابتداء جناية فلا يمكن ترتيب موجبها عليها **قوله** وكل عمد سقط القصاص فيه لشبهة كقتل الاب ابنه
عمدا فديته في مال القاتل كذا كل ارش وجب صلحا او اقرارا او لم يكن نصف عشر الدية والاصل فيه
حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا
ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة ثم ما وجب بقتل الاب ابنه عمدا في ماله في ثلث
سنين وقال الشافعي رح يجب الدية حالا لان القود سقط شرعا الى بدل فيكون البدل حالا كما لو سقط
بالصلح على مال وهذا لان الاصل في ضمان المتلف في ماله حالا كسائر المتلفات وانما جعل في الدية عند الخطأ
مخففا على الخاطئ وعلى عاقلته والعامد لا يستحق ذلك التخفيف فيكون الواجب عليه حالا الا ترى ان الوجوب
على العاقلة لما كان للتخفيف على القاتل لم يثبت ذلك في العمد ولان وجوب الضمان لمعنى الجبران حقه
في نفسه حال فلا يتأخر حقه الا بدليل وهو حال ولنا ان هذا مال وجب بنفس القتل فيكون مؤجلا كالواجب
بقتل الخطأ وشبه العمد وهذا لان المتلف ليس بمال لان ما ليس بمال لا يضمن بالمال اصلا وانما عرفنا تقوم الادمي
بالمال شرعا والشرع انما قومه بدية مؤجلة في ثلث سنين فايجاب المال حالا زيادة على ما اوجبه الشرع بمعنى
وكما لا يجوز باعتبار صفة العمدية الزيادة في الدية قدرا فكذا لا يجوز اثبات الزيادة فيه وصفا بخلاف ما وجب
بالصلح لانه وجب بالعقد ابتداء فيكون حالا كالثمن في البيع وما وجب باقرار الجاني بفعله خطأ فهو في ماله
ولا يصدق على عاقلته لان العاقلة لا تعقل ما وجب بالاعتراف لما روينا ولان له ولاية على نفسه في الالتزام
قولا دون عاقلته ويجب في ثلث سنين لان بدل الدم شرع مؤجلا ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية
فيكون ذلك في مال الجاني خلافا للشافعي رح وسيجيء بعده ان شاء الله تعالى **قوله** وعمد الصبي والمجنون
خطأ وفيه الدية على العاقلة اذا بلغت خمسمائة فان كان اقل من خمسمائة ففي اموالهما لان ما دون خمسمائة
في معنى ضمان المال والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لان العمد يعتمد القصد
وهو ضد الخطأ فيتحقق ممن يتحقق منه الخطأ ولهذا يؤدب ويعزر والتعزير انما يكون على فعل يتحقق
عمدا لا خطأ الا انه يبنى على هذا القصد حكمان القود والدية في ماله حالا والصبي ليس من اهل احد الحكمين

اهل صح

ولهذا العقوبة لانها تبتني على الخطاب وهو غير مخاطب وهو من حكم الاخر وهو وجوب الضمان في ماله كما في
غرامات الاموال فيلزمه ذلك بمنزلة السرقة فانه يتعلق بها حكمان القطع وهو عقوبة وهو ليس من اهله
والضمان وهو اهله فيلزمه ذلك ولنا ان مجنونا شهر على رجل سيفا فضربه فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه
فجعل عقله على عاقلته وقال عمده وخطاه سواء ولان الصبي مظنة الرحمة وقال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم
صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وخطأ العاقل البالغ انما يكون على عاقلته لمعنى النظر والتخفيف على القاتل والصبي
ادعى الى التخفيف فكان اولى بالوجوب على العاقلة وهذا لان العمد لا يتحقق منهما لانه يبتني على العلم وهو بالعقل
ولا عقل للمجنون وفي عقل الصبي قصور فلا يتحقق منهما القصد فصار كالنائم ويبتنى على هذا التكفير وحرمان
الارث فعنده فيه يكفر ويحرم الميراث لانهما يبتنيان على القتل وقد تحقق منهما ولنا ان حرمان الارث شرع
عقوبة على فعله والكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة لانها لرفع الذنب وسترها وهما ليسا من اهل العقوبة
لان فعلهما لا يوصف بالجناية لانها اسم لفعل محظور والحظر يبتنى على الخطاب وهو موضوع عنهما **فصل**
في الجنين **قوله** واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر دية الرجل وهذا
في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس في الجنين لا يجب فيه شيء لانه لم يعرف
حيوته ولا يتحقق القتل الا في حق الضمان لان الشك لا يجب ثم الظاهر حيوته ولكن الظاهر حجة لرفع الاستحقاق
دون الاستحقاق وبه او يجب كمال الدية لان الضارب منع حدوث صفة الحيوة فيه فيكون كالمزهق للحيوة فيما
يلزمه من البدل كولد المغرور فهو حر بالقيمة بمنع حدوث الرق فيه ولان الماء في الرحم معد للحيوة فيجعل
كالحي في ايجاب الضمان بالاتلاف كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره ولكنا
تركنا القياس بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى
او خمسمائة وهو حجة على مالك والشافعي رحمهما الله حيث قدراها بستمائة وهي على العاقلة عندنا اذا كانت
خمسمائة درهم لانه خطأ وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة
وسماه دية وهي بدل النفس فان امرأة ضربت بطن صاحبتها بعمود فسطاط فالقت جنينا ميتا فاختصم
اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لاولياء الضاربة دوه فقال اخوه اندي من لا صاح ولا استهل ولا
شرب ولا اكل ومثل دمه بطل فقال صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه وغير ان العاقلة لا تعقل
ما دون خمسمائة ويجب في سنة وقال الشافعي رحمه الله في ثلث سنين لانه بدل النفس وبدل النفس في ثلث
سنين قلنا وذكرنا ما يدل على انه بدل الطرف فهو الذي يجب في سنة ولنا انه صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة
ولانه لو كان بدل النفس من حيث انه نفس مودعة في الام حتى ينفصل عنها حيا فالجناية عليه قبل الانفصال يعتبر
بالجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت التأجيل الا القدر المتيقن به
قوله ويستوي فيه الذكر والانثى لانه صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة ولم يفصل فلان يفصل بدل الذكر

على بدل الانثى اعتبار التفاضل بينهما في المالكية فان الذكر يملك مالا ونكاحا والانثى يملكه مالا ومملوكة نكاحا
فكان التفاوت بينهما فيما هو من خصائص الادمية موثرا في التفاوت في البدل لا تفاوت في الجنين اذا لم يتفاوتا
استويا في البدل **قوله** فان القته حيا ثم مات ففيه الدية الكاملة لانه اتلف حيا بسبب الضرب السابق
وقتل النفس المؤمنة يوجب الدية **قوله** وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالجنين
والاصل فيه حديث مغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال كنت بين جارتين فضربت احديهما الاخرى بعمود
فسطاط فالقت جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة في الجنين
قوله وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه
قتل شخصين **قوله** وان ماتت ثم القته ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين عندنا وقال الشافعي رحمه الله الجنين صح
تجب الغرة في الجنين لان الظاهر انه مات من ضربه وفي البلاد لا فرق بين ان ينفصل ميتا منها او ميتة فقد ظهر انه اتلف
نفسين فيلزمه بدل كل واحد منهما ولنا انه يمكن الاشتباه في هلاكه اذا انفصل بعد موتها فربما كان ذلك بالضربة
وربما كان باختناق نفسه بهلاكها لانه يتنفس بتنفس الام فاذا ماتت الام ينقطع النفس ومع اشتباه السبب
لا يجب الضمان لان وجوبه مشكوك **قوله** وما يجب في الجنين موروث عنه لو دية وقال الشافعي رضي الله عنه يكون
للام لانه في حكم جزئها حتى يعرض بالمقراض فيكون بدله لها كبدل سائر اجزائها ولنا انه بدل نفسه لما بيناه فيرثه ورثته
كالدية ولا يرث الضارب حتى لو ضرب رجل بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث الاب
منها شيئا لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا يرث القاتل **قوله** وفي جنين الامة لو كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان
حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي رحمه الله يجب فيه عشر قيمة الام ذكرا كان او انثى لانه جزء من وجه وضمان
الاطراف يوخذ مقدارها من الاصل قلنا ان الضمان انما يجب من حيث كونه اصلا وهنا في نفسه لا من حيث كونه
جزءا فان ضمان الجزء انما يجب عند ظهور النقصان في الاصل وهنا خلافه واذا كان بدل نفسه فكان تقديرها
اولى لان الضمان يجب بجزاء الفائت والمقتول هو الجنين فكان اعتبار قيمته اولى من اعتبار قيمة غيره
انا اوجبنا عشر القيمة او نصف عشر القيمة اعتبارا بالجنين الحر فانه يجب نصف عشر الدية ان كان ذكرا
او عشر الدية ان كان انثى وهو خمسمائة والقيمة في المماليك كالدية في الاحرار فيجب اعتبار القيمة بالدية
فيودي الى هذا ضرورة صورته لو كان قيمة الجنين الذكر لو كان حيا عشرين دينارا يجب نصف دينار ولو كان
انثى وقيمتها عشرة دنانير ايضا يجب دينار كامل فان قلت فيه تفضيل الانثى على الذكر لان عشر قيمتها اذا
كان انثى اكثر من نصف عشر قيمته اذا كان ذكرا وفي الديات يفضل الذكر على الانثى لا تفضل الانثى
على الذكر قلت هذا تسوية في الحقيقة والتسوية جائزة ههنا بالاتفاق وهذا لان القيمة هنا كالدية ودية
الانثى على النصف من دية الذكر فصار العشر من هذا مثل نصف العشر من الذكر والتفضيل انما يجب عند تفاوت
الحال بتفاوت المالكية وهذا يكون في المنفصل لا في الاجنة لانه لا مالكية في الجنين وانما يجب ضمان الجنين باعتبار

باعتبار التسوية لانه في المعنى تسوية تساوي الذكر ربما يكون الانثى اسرع نموا كما يعدل التفضيل فلهذا جوزنا
تفضيل الانثى على الذكر لو تصور ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وهو
الظاهر من قول ابي يوسف وعنه لا يجب في جنين الامة شيء وانما يجب نقصان الام ان تمكن فيها نقصان
وان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة بناء على اختلافهم في ضمان الجناية على المماليك فعند ابي يوسف هو
بمنزلة ضمان المال الجنين يجب بالغا ما بلغ وعندهما بدل النفس ولهذا لا يزاد على مقدار الدية **قوله** فان
ضرب بطن امة فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا يجب الدية وان مات بعد
العتق لان الوجوب بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فلهذا يجب القيمة دون الدية ويجب قيمته حيا لانه
صار قاتلا اياه وهو حي فاعتبرنا حالتي السبب والتلف وقيل هذا قولهما فاما عند محمد يجب قيمته ما بين كونه
مضروبا الى كونه غير مضروب لكون الاعتاق قاطعا للسراية عنده **قوله** ولا كفارة في الجنين وعند
الشافعي تجب الكفارة لانه نفس من وجه فاتلاف النفس يوجب الكفارة فهنا احتياطا لما فيها من معنى العبادة
ولنا ان الشرع انما ورد بايجاب الكفارة في النفوس المطلقة وهو جزء من وجه فلم يكن في مورد النص وليس في
معناه من كل وجه ولهذا لم يجب فيه دية كاملة فلا يلحق به ولا له الا ان يتبرع بها احتياطا لارتكابه محظورا
فهو اولى **قوله** والجنين الذي استبان بعض خلقه كالظفر والشعر بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام
لاطلاق ما رويناه ولانه ولد في حق النفاس ومضي العدة وامومية الولد فكذا في وجوب الغرة والمرأة اذا ضربت
بطن نفسها او شربت دواء لتطرح ولدها متعمدة او عالجت فرجها حتى اسقطت الولد ضمن عاقلتها الغرة
ان فعلت بغير اذن الزوج وان فعلت باذنه لا يجب شيء

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قوله ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا اختلف في تفسير الجرصن قيل البرج
وقيل مجرى ماء يركب في الحائط وعن البزدوي رحمه الله جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه فلرجل من عرض
الناس اي احاد الناس ان ينزع ذلك كله لان طريق المسلمين حق عامتهم فاذا اشغله بما ليس حوله كان
لكل احد من اهل الطريق رفعه كما في الملك المشترك فان لكل احد حق النقض لو احدث غيره فيه شيئا بملك في حق
المشترك ولصاحب هذه الاشياء ان ينتفع به اذا لم يضر بالمسلمين فان اضر بالمسلمين كره له ذلك لان الانتفاع
بالطريق ثابت له ايضا الا ان هذا انتفاع بما لم يوضع له الطريق فان كان لا ضرر فيه الحق بما يوضع له وهو المرور وان
كان فيه ضرر يبقى على اصله فكره لان التسبب في استيفاء المباح ان لا يتضمن ضررا باحد فاذا تضمنه كره لقوله عليه السلام
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام **قوله** وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم
لانه ملك مشترك بينهم ولهذا وجبت الشفعة لهم بكل حال فالتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له
لا يملكه الا باذن الكل اضر بهم او لم يضرهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه ليس لهم فيه ملك فيباح الانتفاع
ما لم يتضرر به غيره **قوله** واذا اشرع في الطريق روشنا اي الممر على العلو مثل الرف او ميزابا



أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته لأنه متسبب لهلاكه بما تلف بما أحدثه وهو متعد في هذا
السبب فإنه أحدث في الطريق ما يتضرر به المارة ويشغل هواء الطريق ويحول بينهم وبين الطريق الذي
هو حقهم وكذا إذا أسقط شيئاً مما ذكرنا في أول الباب قوله وكذا إذا عثر بنقضه إنسان أو عطبت به
دابة لكن ضمان البهيمة في ماله لأن تحمل العاقلة شرع بخلاف القياس في النفس فيقتصر عليها وإن عثر بما أحدثه
في الطريق رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما لأنه إنما عثر بما أحدثه وكأنه دفعه بيده
على غيره ولا ضمان على الذي عثر به لأنه مدفوع إليه في هذه الحالة فصار كالآلة وإن سقط الميزاب نظر
فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد في ذلك الطرف من الميزاب في ملكه وأحدث
شيئاً لم يلزمه في ملكه تعدياً وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذي وضعه لأنه متعد في ذلك
الطرف لأنه يشغل هواء طريق المسلمين ولا كفارة عليه ولا حرمان عن الميراث لما بينا قوله وإن أصابه
الطرفان جميعاً وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما لو جرحه سبع وإنسان وإن لم يعلم أي الطرفين أصابه
ففي القياس لا شيء عليه لأنه إن أصابه الطرف الداخل لم يضمن وإن أصابه الطرف الخارج ضمن والضمان لا يجب
بالشك لأن فراغ ذمته ثابت بيقين فلا يشتغل بالشك وفي الاستحسان يضمن النصف لأنه في حال هو ضامن للكل
وفي حال لا يضمن شيئاً فيتنصف قوله ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله
أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ إلى المشتري منها فالبائع ضامن لوضع الخشبة فتركها المشتري
حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع لأنه كان جانياً بوضع الخشبة أو إشراع الجناح فما لم يفسخ
حكم فعله ولا شيء على المشتري لأنه ما أحدث في الطريق شيئاً وإذا وضع في الطريق جمراً فأحرق شيئاً فهو ضامن له
لأنه متعد في إحداث النار في الطريق فإن حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئاً فلا ضمان عليه لأن حكم فعله
قد انفسخ بالتحول من ذلك الموضع إلى موضع آخر وهذا إذا لم يكن اليوم ريحاً فإن كان ريحاً فهو ضامن أيضاً لأنه
كان عالماً حين ألقاه أن الريح تذهب به من موضع إلى موضع آخر فلا ينفسخ حكم فعله بذلك بل جعل كالمباشر
قوله ولو استأجر رب الدار العملة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان
عليهم دون رب الدار لأن التلف بفعلهم لأن السقوط بتقصير منهم في الإمساك فكأنهم ألقوا ذلك
وكانوا قاتلين مباشرة فيلزمهم الدية والكفارة ويحرمون الميراث وإن سقط ذلك بعد فراغهم من العمل
فالضمان على رب الدار استحساناً وفي القياس هذا كالأول لأنهم باشروا إحداث ذلك في الطريق وصاحب
الدار ممنوع من إحداثه وإنما يعتبر أمره فيما له أن يفعل بنفسه وجه الاستحسان أنهم عملوا الجناح واستوجبوا
الأجر عليه وقد صار عملهم مسلماً إليه بالفراغ منه فكأنه عمل ذلك بنفسه بخلاف ما قبل الفراغ فإن عملهم لم يصر
مسلماً إليه بعد قوله وكذا إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة أو رش الماء في الطريق أو توضأ
في الطريق فعطب بذلك الموضع إنسان فهو ضامن لأنه متعد بما أحدث في الطريق بإلحاق الضرر بالمارة وهذا كله

في طريق العامة فإن كان في سكة غير نافذة والذي فعل ذلك من أهل السكة أو قعد أو وضع متاعه لم يضمن لأن
ذلك الموضع مشترك بينهم شركة خاصة وأحد الشركاء إذا أحدث شيئاً من ذلك في الملك المشترك لم يضمن قالوا
هذا إذا رش ماءً كثيراً بحيث يزلق به عادة فإن رش ماءً قليلاً كما هو المعتاد والظاهر أنه لا يزلق به لا يضمن
قوله ولو تعمد المرور في موضع صب الماء لا يضمن الراش لأنه صاحب علة لأن السقوط من فعله فصار كالحافر
مع الدافع وقيل هذا إذا رش بعض الطريق لأنه يجد موضعاً للمرور ولم يكن أثر الماء فيه فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء
مع علمه بذلك لم يضمن الراش وإن رش كل الطريق يضمن لأنه مضطر في المرور وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق
في أخذها كله أو بعضه أو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر لما بينا قوله وإن استأجر أجيراً
ليبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يضمن الآمر استحساناً ولو أمره بالبناء في وسط الطريق
ضمن الأجير لفساد الأمر بخلاف الأول لأنه مباح له فيما بينه وبين ربه إحداث مثل ذلك في فنائه إذا كان لا يضر به
غيره وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين من غير أمره في ذلك لكن لما كان الفناء غير مملوك له يتقيد بشرط
السلامة قوله ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته وإن
تلفت به بهيمة فضمانها في ماله لأنه متعد في هذا السبب بإحداثه في الطريق ما يتضرر به المارة إلا أن العاقلة تتحمل
النفس دون المال لما عرف قوله وإلقاء التراب في الطريق واتخاذ الطين فيه بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة
لما يتضرر به المارة ولا يعود بهم التراب فلا يكون متعدياً في هذا السبب لو جمع الكناسة في الطريق فتعقل به
إنسان ضمن لأنه لما شغله كان متعدياً قوله ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان
على الذي نحاه وخرج الأول عن الضمان لأن حكم فعله قد انفسخ بفراغ الموضع الذي شغله وإنما اشتغل بفعل الثاني
موضع آخر فهو كالمحدث لذلك في هذا الموضع قوله وإن حفر رجل بالوعة في الطريق الأعظم منع من ذلك
لأنه لا يخلو من الضرر فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن لأن للسلطان ولاية على الطريق الأعظم
وإن كان بغير أمره ضمن لأنه متعد قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ذلك مما ذكرنا كإشراع الجناح
والكنيف والميزاب والدكان إن كان بأمر السلطان لم يضمن وإن كان بغير أمره ضمن وكذا إن حفر في ملكه لم يضمن لأنه
غير متعد في التسبب وكذا لو حفر في فناء داره لأن الفناء في تصرفه وله ذلك لمصلحة داره وقيل هذا إذا كان
الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه لأنه غير متعد فيه وأما إذا كان لجماعة المسلمين أو كان مشتركاً بأن كان في سكة
غير نافذة فإنه يضمن لأنه متسبب متعد وهذا صحيح قوله ولو حفر في الطريق بئراً ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً بسبب
السقوط فلا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن مات جوعاً فكذلك
وإن مات غماً فالحافر ضامن له لأن الجوع معنى يحدث فيه حين لم يبق شيء في معدته من مواد الطعام وليس ذلك من
فعل الحافر فلا يضاف إليه فأما الغم فإنه يحصل لعمق الأرض وهو من آثار حفره فيضاف إليه وقال محمد هو ضامن
في الوجوه كلها لأن ذلك إنما حدث بسبب الوقوع في البئر إذ لولاه لكان الطعام قريباً منه والحكم ثابت

يضاف الى السبب بغير واسطة وبالي بواسطة ولابي حنيفة رضي الله عنه ان موته انما يضاف الى الحفر اذا
مات بسبب الوقوع لتحمل الحافر كالدافع من حيث ازالة المسكة فاذا طرأ عليه سبب اخر للهلاك لا صنع
فيه للحافر فلا يضاف اليه **قوله** وان استاجر اجراء يحفر وها له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على
الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجراء يعملون له ولهذا يستوجبون عليه الاجر وقد صار مغرورين
من جهته حيث لم يعلمهم ان ذلك ليس من فنائه وانما حفروا اعتمادا على امره وعلى ان ذلك من فنائه فلدفع ضرر الغرور
نقل فعلهم الى الامر فصار كانه حفر بنفسه وصار كما لو امر احدا بذبح هذه الشاة فذبحها ثم تبين انها كانت
لغيره الا انه يضمن المامور ثم يرجع على الامر لان الذابح مباشر والامر متسبب والاول احق بالضمان ثم يرجع
للغرور وهنا الضمان يجب على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما متسبب ثم الاجير غير متعد والمستاجر
متعد فكان احق بالضمان وان علموا انها في غير فنائه فالضمان على الاجراء لانه جناه في الحفر وامره
اياهم بالحفر غير معتبر شرعا لانه غير مالك للحفر بنفسه في هذا الموضع فسقط اعتبار امره وكان
الضمان على المباشرين للحفر وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان
على الاجراء في القياس لعلمهم بفساد الامر فلم يوجد الغرور وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان امره
في فنائه معتبر فان عند ابي يوسف ومحمد له ان يحفر في فنائه اذا كان لا يضر بالمارة وليس لاحد منعه من ذلك
وعند ابي حنيفة رضي الله عنه على ان ذلك في فنائه وبابه ما لم يمنعه مانع وهذا لان الفناء اسم لموضع
اختص صاحب الملك بالانتفاع به من كسر الحطب وايقاف الدواب والقاء الطين والكناسة فيه وبناء الدكان
فكان امره معتبرا في الحل واستقل الاجراء اليه بهذا الامر فكانه فعل ذلك بنفسه ومن وضع خشبة في طريق
فتعمد رجل المرور عليها متعمدا فوقع فعطب فلا ضمان على صاحبها الذي وضعها وكذا لو جعل قنطرة على نهر
بغير اذن الامام فمر عليه رجل متعمدا فوقع فعطب فلا ضمان على الذي قنطر لان المار يفعله صاحب علة
ولكنه لم يضف نسبة الحكم اليه لكونه مباحا فاذا تعمد المرور مع انه كان يبصر او يجد موضعا اخر للمرور وصار
متعديا فنسب التلف الى المرور دون المسبب وصار كانه اتلف نفسه فاما اذا لم يتعمد بان كان اعمى او مر ليلا
يضمن اذا وضعه بغير اذن الامام فاما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن **قوله** ومن حمل شيئا وهو يمشي في الطريق
فسقط على انسان فعطب به ضمن الحامل وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط
عنه فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين العثور والسقوط والفرق بينهما ان الحامل للشيء
يقصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة اما اللابس فلا يقصد حفظ ما يلبسه بل الحفظ فيه تبع
فيحرج في التقييد بوصف السلامة فجعل مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس ثوبا زيادة على قدر الحاجة
ضمن اذا سقط منه وعطب به انسان لانه لا يعم به البلوى **قوله** واذا كان المسجد للعشيرة اي
مسجد لعشيرة فعلق رجل من غير العشيرة فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل ضمن

ولو جعل ذلك رجل منهم لا يضمن وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه قرب يثاب عليها
الفاعل فلا يضمن كاهل المسجد وكما لو كان باذنهم وهذا لان بسط الحصير فيه ونصب القنديل من باب
التمكن من اقامة الصلوة فيه فغير اهل المسجد كاهل المسجد وله انه فعل ما ليس في ولايته كما لو حفر به
بئرا في المسجد كاهل المسجد وله انه فعل ما ليس في ولايته كما لو حفر بئرا في المسجد لمصالح المسجد فعطب
فيها انسان او حيوان فانه يضمن وهذا لان الراي والتدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله كنصب الامام والمؤذن
واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه دون غيره ولهذا لو صلى غير اهل المسجد بجماعة كان لاهل المسجد
ان يعيدوها ولو صلى اهل المحلة لا يكون لغيرهم ان يصلوا بالجماعة فكان فعلهم مباحا مطلقا وفعل
غيرهم مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما لو تفرد بالشهادة
بالزنا والطريق فيما نحن بصدده الاستئذان من عشيرته **قوله** واذا جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل
ان كان في غير الصلوة ضمن وان كان في الصلوة لا يضمن وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يضمن بكل حال
ولو كان جالسا لقراءة القران او للتعليم او للصلوة او نام فيه في خلال الصلوة او في غير الصلوة او مر مارا
او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف **قوله** واما المعتكف فقد قيل على هذا الخلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف
لهما ان المساجد انما بنيت للصلوة والذكر وقراءة القران والاعتكاف فكان الجلوس لها مباحا والمنتظر
للصلوة في الصلوة حكما لقوله صلى الله عليه وسلم المنتظر للصلوة في الصلوة ما دام منتظرا والمصلي
لا يضمن فكذا المنتظر ولان اداء الصلوة بالجماعة لا يكون الا بالانتظار فكان من ضروراتها فالحق بها وله ان المسجد
بني للصلوة وهذه الاشياء تابعة لها فكان الجلوس للصلوة مباحا مطلقا والجلوس للتوابع مباحا مقيدا
بشرط السلامة ليظهر التفاوت بين الاصل والتابع وجاز ان يكون الفعل مباحا او مندوبا وهو مقيد بشرط
السلامة كمن وقف في الطريق ليصلح بين قوم فانه يضمن ما عطب به وكذا الرمي الى الكافر او الى الصيد
مندوب ومباح ومع ذلك اذا اصاب مسلما ضمن ولا خلاف انه اذا شغل الطريق او في المسجد قاعدا وقائما
او نام فيه فانعطب به غيره انه يضمن **قوله** وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان
لا يضمن في الصحيح لان المساجد اعدت للصلوة العامة من غير خصوص فكان لكل احد ان يصلي فيه وحده وانما
المفوض الى اهل المسجد امر الصلوة بالجماعة **فصل في الحائط المائل** **قوله** واذا مال الحائط الى طريق
المسلمين فطالب مسلم او ذمي صاحبه بنقضه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس
او مال والقياس ان لا يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يوجد منه صنع هو تعد وهذا لانه بنى الحائط في ملكه
والسقوط والميلان ليس من صنعه ولا ضمان في الاصل الا بها وجه الاستحسان انه اذا مال الى الطريق فقد اشغل
هواء الطريق بحائطه ووقع في يده هواء المسلمين ورفعه في يده فاذا طولب بالنقض وتفريغ الهواء عن هذا الشغل
لزمه ذلك فاذا لم يفرغ مع التمكن صار جانيا وجعل كانه شغله ابتداء او ما خسارة كمن وقع في يده ثوب انسان فانه

لا يكون متعديا في اشغال الهواء لكن لو طولب بالرد صار متعديا في امساكه بعد ذلك كذا هنا على ان ما قبل الاشهاد لانه لم يطالب بالتفريغ فهو نظير الثوب اذا اهلكت قبل ان يطالبه صاحبه بالرد ثم ما تلف به من النفوس يجب الدية على العاقلة لانه دون الخطاء في الجناية فاولى ان يستحق التخفيف وما تلف به من الاموال والعروض يجب ضمانه في ماله لان العاقلة لا تعقل المال والشرط الطلب والاشهاد ليس بشرط حتى لو طولب بالتفريغ من غير اشهاد ولم يفرغ مع التمكن حتى سقط وتلف به شيء وهو بعد الطلب ضمن وفائدة الاشهاد امكان اثبات الطلب عند الجحود كما في الشفيع فالمعتبر في حقه طلب الشفعة ولكن يؤمر بالاشهاد احتياطا لهذا ودوام المكنة على النقض وملكه من وقت الاشهاد الى وقت السقوط شرط لانه لابد من تمكنه النقض لتصير جانيا بتركه وصورة الطلب ان يقول حائطك هذا مائل فاهدمه وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه مائلا الى الطريق هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لعدم التعدي ولو بنى الحائط مائلا الى الطريق في الابتداء فهو ضامن لما سقط عليه من غير اشهاد لانه متعد في شغل هواء الطريق ببنائه وهذا كاشراع الكنيف والميزاب والجناح والخشب في الطريق فان هذا جناية بنفسه بدون الطلب والاشهاد **قوله** ويقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم لان الثابت بهذا التقدم ما لا يسقط بالشبهة وهو المال لا القتل **قوله** ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي رجل او امرأة حر او مكاتب لان الناس في المرور شركاء والتقدم اليه صحيح عند السلطان وعند غير السلطان لانه مطالبة بالتفريغ ولكل احد حق في الطريق فينفرد بالمطالبة بتفريغه **قوله** وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له دون غيره وان كان فيها سكان فلهم ان يطالبوه لان المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل الهواء ولو اجله رب الدار او ابراه منها او فعل ذلك سكانها صح ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لكل الناس فلا يكون لهما ابطال حقهم **قوله** واذا باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري ولا يبرأ من ضمانه لانه انما كان جانيا بترك الهدم مع تمكنه منه وبالبيع زال تمكنه من هدم الحائط فخرج من ان يكون جانيا بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا باصل الوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ كما مر ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه في الهدم فحاله كحال البائع قبل الاشهاد فان اشهد على المشتري بعد شرائه فهو ضامن حينئذ لتركه تفريغ الطريق بعد طلبه مع تمكنه منه لذلك والاصل ان الاشهاد على الحائط اشهاد على نقضه ولا يعتبر تقدم يصح الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار لانهم لا يتمكنون من نقضه ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على نقضه بواسطة الفكاك والى الوصي والاب حتى لو مال حائط الصغير فاشهد على ابيه او وصيه فسقط واتلف شيئا فالضمان

في مال الصبي لان الاشهاد على الاب والوصي لهما يقومان مقامه وتمكنا من هدم الحائط فصار التقدم اليهما كالتقدم اليه بعد بلوغه وهما في ترك الهدم يعملان للصبي فلهذا كان الضمان عليه دونهما ويصح على امه ايضا **قوله** ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه صاحب الحائط لانه ليس له ولاية دفع القتيل بل لانه دفع القتيل لولي القتيل لا لرب الحائط وان عطب بالنقض ضمنه لان النقض ملكه وكان التفريغ اليه **قوله** ولو عطب بجرة احد لو كانت الجرة لغير صاحب الحائط لا يضمن احد اما صاحب الحائط فلان الاشهاد عليه لا يكون اشهادا على الجرة واما صاحب الجرة فلانه لم يوجد الاشهاد عليه حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط ضمن لقدرته على رفعها **قوله** واذا كان الحائط بين خمسة رجال فاشهد على احدهم فسقط على رجل فقتله ضمن الذي اشهد عليه خمس الدية ويكون على عاقلته وان كانت بين ثلثة فحفر احدهم فيها بئرا او بنى حائطا بغير اذن صاحبيه فعطب به انسان فقتله يلزمها الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رضه وقالا عليه نصف الدية في المسئلتين لان ما تلف بنصيب من اشهد عليه معتبر لانه صار جانيا وما تلف بنصيب من لم يشهد عليه هدر فلما هدر البعض واعتبر البعض جعلا قسمين كمن جرح رجلا ولدغه عقرب ونهشته حية وعقره كلب فمات من ذلك كله فانه يضمن الجارح النصف كذا هنا وفي مسئلة الكتاب النفس تلفت بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين وله ان العلة ثقل مقدر وعمق مقدر لان اصل ذلك ليس بعلة اذ الثقل اليسير والعمق اليسير لا يوجب التلف بحال حتى يعتبر كل جزء علة فجعلت بجميع العلل واذا كان كذلك اعتبر الكل علة واحدة ثم يضاف الحكم اليها ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة مصلحة على بانفرادها صغرت او كبرت الا عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم رجحان البعض على البعض

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قوله الراكب ضامن لما الخ الاصل ان السير على الدابة في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشي لان الحق في الطريق مشترك بين الناس فهو يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه فلهذا قيدنا بشرط السلامة لتعدل النظر من الجانبين وانما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه دون ما لا يمكن التحرز عنه لو شرطنا عليه السلامة عما لا يمكن التحرز عنه يتعذر استيفاء حقه لانه يمتنع عن المشي والسير على الدابة مخافة ان يبتلي بما لا يمكن التحرز عنه والتحرز عن الوطي وما شاكله في وسع الراكب اذا امعن النظر في ذلك فقيدناه بشرط السلامة عنه وليس في وسعه التحرز عن النفحة بالرجل لان وجه الراكب امام الدابة لا خلفها فلم يتقيد به حتى لو وقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن ايقاف الدابة اذ لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به والمتعدي في التسبب ضامن **قوله** وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او فسد ثوبه لم يضمن لان هذا مما لا يمكن التحرز عنه في سير الدواب لا يعرى عنه وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه ما يستطاع الامتناع عنه في سير الدواب

لا يعرى عنه وان كان يحترز عنه ضمن لانه مما يستطاع الامتناع عنه فسير الدواب لا يعرى عنه وانما يكون الحرق
منه في السير والراكب والرديف والقائد والسائق في الضمان سواء لان الدابة في ايديهم وسيرها
وتصرفونها كيف شاؤا كذا في المبسوط قوله فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب انسان
لم يضمن لانه لا يمكن التحرز عنه فهو حرج ضرورات السير وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك
حتى تقف وهذا مما لا يستطاع الامتناع منه وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه
متعد في هذا التسبب فهو ممنوع عن ايقاف الدابة خصوصا اذا كان ذلك يضر بالمارة قوله وفي
الجامع الصغير كل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بتقريبهما الدابة الى مكان الجناية
فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته الدابة بيدها
او رجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان القتل انما حصل بثقله حين كان هو على
الدابة التي وطئت وثقل الدابة تبع له فيتصل بالقتل مباشرة بمنزلة الرامي فاما السائق والقائد فلم يتصل
فعلهما بالقتل بل فعلهما سبب للقتل وكذا الراكب في غير الايطاء متسبب والكفارة جزاء مباشرة
القتل فلا تجب بالتسبب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الارث والوصية دون السائق والقائد
لانه يختص بالمباشرة وذكر القدوري في المختصر ان السائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن
لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة لان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه التحرز عنه وغائب
عن نظر القائد فلا يمكنه التحرز عنه والصحيح ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كانت بمرأى عينه لانه
ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه الاحتراز عنه بخلاف الكدم لانه يمكنه كبحها بلجامها وكما قال الشافعي رحمه الله
كلهم يضمنون النفحة لان فعلها يضاف اليهم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الرجل جبار والمراد نفحة الرجل فان
قلت هي مدفوعة الى ذلك الفعل بتخويفه فاستعمل فعله اليه كما في المكره قلت استعماله بتخويف القتل او تفويت
العضو وهذا التخويف بالضرب بمثله لم يستعمل الفعل قوله ولو كان راكب وسائق قيل يجب الضمان عليهما لان
كل واحد منهما سبب الضمان وقيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة لان الراكب مباشر ولا عبرة للمتسبب مع
وجود المباشر كما في الحافر مع الملقي قوله واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد دية الاخر استحسانا
اعلم ان هذا اذا وقع كل واحد منهما على قفاه واما اذا وقعا على وجههما فلا شيء فيه واذا وقع احدهما على وجهه
والاخر على قفاه فدية الذي وقع على وجهه هدر ودية الاخر على صاحبه وهذا اذا كانا حرين كان الاصطدام خطأ
وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على كل واحد منهما نصف دية الاخر وهو القياس لهما ان كل واحد منهما مات
بفعله وفعل صاحبه لان الاصطدام فعل يقوم بهما فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما لو جرح كل واحد منهما نفسه
وصاحبه جراحة او كان الاصطدام عمدا او حفرا على الطريق بئرا فانهارا عليهما فانه يجب على كل واحد منهما النصف كذا
هنا ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل على عاقلة كل واحد منهما اي من المصطدمين دية كاملة ولان كل واحد منهما

مدفوع لصاحبه وكان اوقعه من الدابة بسببه وهذا لان دفع صاحبه اياه علة معتبرة لا ملغاة في الحكم فانما فعل
المصدوم فلا يصلح علة معارضة بدفع الصادم لان فعله مباح لانه مشى في الطريق فهو بمنزلة من وقع
في بئر احتفرها رجل في الطريق فان الضمان يجب على الحافر وان كان لولا مشيه وثقله لما سقط في البئر مع فعل
صاحبه مباح ايضا ولكن المباح في غير سبب الضمان يكون لنا ما اذا انقلب على غيره والفعلان محظوران فيما
ذكر من المسائل فانتصب الفرق هذا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في العمد لانه
هلك كل واحد بعد ما جنى بلا خلف كذا في الخطأ لان الاصل في جنايات العبد اذا كانت خطأ الدفع او الفداء
والعبد اذا هلك سقط عنه موجب الجناية وقد فات ههنا من عليه فلا يجب على المولى الدفع لعدم المحل ولا
الفداء لانه يخلف بقاء المحل لم يوجد ولو كان احدهما حرا والاخر عبدا ففي الخطأ يجب على عاقلة الحر المقتول
قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ان على اصل ابي حنيفة رضي الله عنه ومحمد يجب القيمة على العاقلة لانه
ضمان الادمي عندهما فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم
الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون في العمد النصف وهذا القدر يأخذه ولي
المقتول مما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة
قوله ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها
لانه مما يمكن التحرز عنه وانما سقط لانه لم يشد عليها او لم يحكم فلذلك فكأنه القاها بيده على الطريق قوله
ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير منه انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لان القطار كله
في يده من اوله الى اخره فيضاف اليه ذلك فيصير الحكم كانه قتله خطأ فيكون ضمان النفس فيه على عاقلته وضمان
المال في ماله فان كان معه سائق فالضمان عليهما لاستوائهما في التسبب وهذا اذا كان السائق في جانب من
الابل او توسطها او اخذ بزمام واحد منها فيضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما عطب بما بين يديه لان القائد
لا يقود ما خلف السائق لانقطاع الزمام والسائق يسوق ما كان امامه قوله وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد
لا يعلم فوطئ المربوط رجلا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه قائد للكل فيكون رجال الابل البعير والتوجيب
لوجوب الضمان ومع تحقق الضمان منه لا يسقط الضمان لحملهم يرجعون بها على عاقلة الرابط لان الرابط
هو الذي اوقعهم في هذا الضمان حيث ربطه بالقطار وهو متعد فيما صنع فصار في التقدير هو الجاني
فلهذا وجب الرجوع على عاقلته ولم يجب الضمان عليهم ابتداء وان كان كل منهما متسببا لان الربط من القود
كالتسبب من المباشرة لان التلف اتصل بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط في حال السير القطار
لانه امر بالقود دلالة وان لم يعلم به كان قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط في حال وقوف الابل ثم قاد صاحب
القطار ضمن القائد لانه قاد بعير غيره بغير امره فلا يرجع عليه بالحكم من الضمان قوله ومن ارسل بهيمة اي كلبا
وكان لها سائقا اي كان خلفها فاصاب شيئا من فوره ضمن لانه محمول على حركته فاضيف فعله اليه كالمكره مضاف

فعله إلى المكره فيما يصلح آلة له قوله ولو أرسل طيرا إلى بازيا وساقه فأصاب في فوره لم يضمن والفرق
أن الكلب يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء قوله
وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائقا فأخذ الصيد وقتل حل والفرق
أن الكلب عامل باختياره إلا أنه ينسب إلى المرسل في حق إباحة الصيد للضرورة لأن للناس حاجة إلى الاصطياد
ولا طريق له سواه ولا ضرورة في حق الضمان وعن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطا
لأموال الناس قوله إذا أرسل بهيمة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها
مضاف إليه ما دامت تسير على سنن إرسالها فإن عدلت يمينا وشمالا فلا ضمان عليه لأنها تعرت عن حالها
وانتهى سيرها باختيارها وكانت كالمنفلتة إلا أن يكون لها طريق غير الذي أخذت فيه فحينئذ يكون ضامنا
قوله وكذا إذا وقفت ثم سارت بنفسها فلا ضمان عليه لأن حكم فعله قد انقطع بالوقوف ثم هي ابتدأت
السير باختيارها بعد ذلك فلا يضاف إليه بخلاف ما إذا وقف بعد الإرسال في الاصطياد ثم سار فأخذ الصيد
لأن تلك الوقفة لتمكنه من الصيد وكانت لتحقيق مقصود المرسل وهذه الوقفة تنافي مقصود فتقطع حكم
الإرسال وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالا في فوره حيث لا يضمن المرسل وفي الإرسال في الطريق
يضمنه لأن إرسال الدابة في الطريق إذا لم يتبع الدابة وأمكنه الاتباع تعدى صاحبه عرفا بخلاف الإرسال
للاصطياد فإنه مباح لأنه لا يمكنه الاتباع والمتسبب لا يضمن إذا لم يتعد قوله ولو أرسل بهيمة فأفسدت
زرعا على فورها ضمن المرسل فإن مالت يمينا وشمالا وله طريق آخر لا يضمن لأن سيرها مضاف إليها دون
صاحبها ولو انفلتت الدابة فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا لا يضمن صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم جرح
العجماء جبار وهي المنفلتة ولأن الفعل لم يضف إليه لأنه لم يوجد ما يوجب النسبة إليه من الإرسال
والسوق ونحوهما اعلم أن من فتح باب قفص وطار الطير أو باب إصطبل فخرجت الدابة وضلت لا يضمن الفاتح
لأنه اعترض على السبب فعل فاعل مختار فلم يضف التلف إليه وقال محمد يضمن لأن طيران الطير بعد [illegible]
وكذا فعل كل بهيمة كأنه خرج بلا اختيار فيضمن كما لو شق زق إنسان فسال ما فيه ولنا فعل البهيمة لا يعتبر لا يجب
حكم عليها أو على صاحبها فأما انقطع الضمان فمعتبر كالدابة تجول بعد الإرسال قوله شاة لقصاب فقئت
عينها ففيها ما نقصها لأن المقصود اللحم فلا يعتبر إلا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا
في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي أن النبي صلعم
قضى بمثل ما ذكرنا وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولأن الشاة لا يعمل بها ينتفع بها كما ينتفع بالأمتعة فيضمن
النقصان من غير تقدير فأما ما عددناه من البهائم فهي عاملة كبني آدم ولكنها لا تعمل إلا بغيرها فأشبه
الإنسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الإنسان في عينها ولأنها لا تعمل إلا
بأربعة أعين عيناها وعينا من يستعملها فكأنها ذات أربعة أعين فيجب الربع بفوات أحدها قوله

ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته
كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المنقول عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه ولأن الناخس
بمنزلة الدافع للدابة الحامل لها على ما فعلت والراكب كالمدفوع مع الدابة بالنخس فأضيف فعل الدابة
إليه ولأن الناخس متعد في تسببه والراكب غير متعد فيضمن المتعدي حتى لو كان واقفا دابته على
الطريق كان الضمان على الراكب والناخس نصفين لكونه متعديا في الإيقاف أيضا وإن نفحت الناخس كان دمه
هدرا لأنه بمنزلة الجاني على نفسه بنخسه قوله وإن ألقت الراكب من تلك النخسة فقتلته وديته على
عاقلة الناخس لأنه في نخسه الدابة متسبب لإلقاء الراكب وهو متعد في ذلك التسبب فيضمن ولو وثبت من نخسه
على رجل فقتله أو أوطأت رجلا فقتلته كان على الناخس دون الراكب لأنه متعد في التسبب فيجعل كالمباشر
في حكم الضمان قوله والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله
أنه إذا أوطأت رجلا فالدية على الراكب والناخس نصفين لأنما التلف بثقل الراكب ووطء الدابة مضاف
إلى الناخس فيضمنان قوله وإن نخسها بإذن الراكب كان بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا
ضمان عليه في نفحها لأن الراكب له ولاية نخس الدابة وضربها فإذا أمر غيره بما يملكه صار فعل المأمور
كفعل الآمر ولو نخسها بنفسه لم يكن عليه ضمان في نفحها بالرجل أو الذنب لأن ذلك لا يستطاع الامتناع عنه
فهذا مثله قوله ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما إذا كانت
في فورها الذي نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما فما حدث من ذلك يكون ضمانه عليهما وهذا لأن
الناخس بمنزلة السائق للدابة بإذن الراكب وضمان ما وطئت على السائق والراكب نصفين فإن قلت
إنه متى نخس بإذنه ينبغي أن لا يضمن لأنه لم يتعد بل أحسن بفعله إلى الراكب قلنا إذنه إنما يصح من حيث
إنه سوق فأما من حيث إنه إتلاف فيقتصر عليه وكان متعديا فإن قلت الراكب صاحب علة إذ الركوب علة الوطء
والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطء وإضافة الحكم إلى العلة أولى من إضافته إلى الشرط قلت إنما يترجح العلة
على الشرط إذا كان الشرط لتلك العلة فأما إذا كان شرط علة أخرى فلا يترجح صاحب العلة الأخرى ألا ترى أن من جرح
إنسانا ثم سقط المجروح في بئر حفرها غيره على الطريق فمات تجب الدية عليهما وإن كان أحدهما صاحب علة
والآخر صاحب شرط لأن الحفر شرط علة أخرى دون الجرح فكذا هنا الراكب وإن كان علة للوطء فالنخس
ليس بشرط لهذه العلة أي الركوب بل شرط السير أو علته والسير علة الوطء فصار بمنزلة علة العلة
والحكم لا يصح إضافته إلى علة العلة مع كونه مضافا إلى حقيقة العلة فلهذا تجب الدية على عاقلتهما قيل
يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإيطاء لأنه فعله بأمره فيرجع بما لحقه من العهدة عليه وقيل لا يرجع
الناخس وهو الأصح لأنه لم يأمره بالإيطاء والنخس ينفصل عنه والتلف إنما حصل بالوطء فصار كما لو أمر صبيا
يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنسانا أو مات حتى يضمن عاقلة الصبي فإنهم لا يرجعون على الآمر لأنه أمره

بالسير والابطاء ينفصل عنه وكذا لو نال الرسول اجاعصا به آخر حتى يضمن لا يرجع على الآمر الناخس
انما يضمن اذا كان الوطء فور النخس فان لم يكن في فورها فالضمان على الراكب دون الناخس لان
اثر فعله قد انقطع بمضي ذلك الفور فعادت الى ما كانت قبل النخس **قوله** ومن قاد دابة فنخسها
رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها شيئا فضمانه على الناخس وهو شرط التلف وكذا اذا كان
لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه وان كان الناخس عبدا فالضمان في رقبة العبد يدفع او يفدى
لانه كجنايته بيده وان كان الناخس صبيا فهو كالرجل في ضمان الدية يجب على عاقلته لانه مؤاخذ بافعاله
كالبالغ في شروح المبسوط وقوله في المتن اذا كان صبيا ففي ماله يحتمل ان يراد به اذا كانت الجناية
على المال او فيما دون ارش الموضحة وان مرت الدابة بشيء قد نصب في الطريق فنخسها ذلك الشيء فقتلت
انسانا فقتلته فالضمان على من نصبه لان ذلك الشيء لانه متعد في نصب ذلك الشيء في الطريق فكان بمنزلة
كنخس من نصبه

باب جناية المملوك والجناية عليه

الاصل ان جناية المملوك وان كثرت لا توجب الا دفعا واحدا او كان محلا للدفع ولا توجب الا قيمة
واحدة **قوله** واذا جنى العبد جناية خطا قيل لمولاه بالخيار ان شاء دفعه بها فيملكه ولي الجناية وان شاء
فداه بالارش وان امسك عبده عندنا وقال الشافعي جنايته تكون دينا في رقبته يباع فيه الا ان يقضي
المولى الارش وفائدة الخلاف انما يظهر في الجاني بعد العتق فعندنا اذا اعتق المولى بعد العلم بالجناية كان مختارا
للفداء وعنده لا يطالب المولى بعد العتق بل يطالب العبد والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم
وعن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه له ان الاصل ان
ضمان الاتلاف يجب على المتلف لانه الجاني الا ان العاقلة تحمل عنه تخفيفا ولا عاقلة للعبد لان العقل
عندنا بالقرابة ولا قرابة بين العبد وسيده فيجب في ذمته كما في الذمي لان ضمان الجناية في حق من لا عاقلة له
بمنزلة ضمان المال فيكون واجبا في ذمته ثم الدين في ذمة العبد يكون شاغلا لمالية رقبته فيباع فيه
الا ان يقضي المولى دينه كذا هنا ولنا ان المستحق بالجناية على النفوس الجاني اذا امكن كما في العمد الا
ان استحقاق النفس قد يكون بطريق الاتلاف عقوبة وقد يكون بطريق التملك جبرا والحر ليس اهلا لان
يستحق نفسه عقوبة لاسقاطها بالتملك والعبد من اهل ان يستحق نفسه بالطريقين فيصير نفسه مستحقة للمجني
عليه تخفيفا للصيانة عن الهدر الا ان يختار المولى الفداء فيكون له ذلك لان مقصود المجني عليه يحصل به
لوصول المتلف اليه بكماله بخلاف اتلاف المال لانه لا يستحق به نفس المتلف بحال ولان الاصل في موجب
الجناية الخطا ان يتباعد عن الجاني لكونه معذورا وكون الخطا موضوعا شرعا ويتعلق بمن له التناصر اليه
وهو العاقلة تخفيفا على المخطئ وهذا يقتضي الالحاق به الا ان عاقلة العبد مولاه لان المملوك يستنصر
بمولاه ويزداد قوة وجراءة به كما ان الحر يستنصر بعاقلته والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى يجب على اهل

الديوان فيجب ضمان جنايته على المولى بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة له فيجب في ذمته ضرورة
صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العاقلة لا تعقل المال الا انه لا يلزمه حتما فربما لا يقدر
على ذلك لانه واحد كالجاني بخلاف العاقلة لكثرتهم فخيرناه بين الدفع والفداء تخفيفا وصيانة عن الاستيصال
ثم الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح حتى يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وله حق
النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد
في صدقة الفطر فانه لا تسقط صدقة الفطر عن المولى بموته لانه لم يتعلق الحق استيفاء به **قوله** فان دفعه
ملكه ولي الجناية اذ المعنى بالدفع هو الدفع بجهة التمليك وان فداه فداه بارشها لانه لا حق له فيه وكل ذلك
يلزمه حالا اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان لا يصح لانه لا يتحصل والحق حاصل واما الفداء فلانه
بدل عن العبد وان كان مقدرا بالمتلف حتى يسمى فداء فكان حالا لان للبدل حكم المبدل وايهما اختاره وفعله
لا شيء لولي الجناية اما الدفع فلان حقه يتعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلان
حقه في الارش فاذا اوفاه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لان حقه متعلق
برقبته وقد فات فيبطل الحق لفوات محله كما مر وان مات بعدما اختار المولى الفداء لم يبرأ بموت العبد
لان الحق قد تحول من رقبته الى ذمة المولى فلا يبطل بموت العبد **قوله** فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية
كحكم الجناية الاولى اي بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء صار كان لم يكن وهذا ابتداء الجناية.
قوله فان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان يدفعه الى وليي الجنايتين يقتسمانه على قدر ارش جنايتهما واما ان
يفديه بارشهما لان تعلق الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى
لا يمنع تعلق الجناية فحق ولي الجناية وهو ادنى اولى ان لا يمنع وانما يقسم بينهما على قدر ارش جنايتهما لان
المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من ان يقسم على قدر المعوض **قوله** فان كانوا جماعة يقتسمون
العبد المدفوع بقدر حصصهم وان فداه فدى بجميع ارشهم لما بينا **قوله** ولو قتل انسانا وفقأ عين
آخر دفع العبد اليهما اثلاثا لان الاستحقاق بقدر ارش المتلف ونصف دية النفس وعلى هذا حكم الشجات فيدفع اليهم
ويقسم بينهم بقدر جناياتهم وللمولى ان يفدي بعضهم ويدفع الى بعضهم بمقدار ما تعلق به حقه من العبد
لان الحق لكل واحد متعدد بتعدد جنايته ولا يتعلق للبعض بخلاف العبد اذا قتل رجلا وله وليان فاختار المولى
الفداء من احدهما والدفع الى الآخر بقدر حقه حيث لم يكن له ذلك لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية
المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للورثة بطريق الخلافة عنه فلا يملك التفريق في الجناية المتحدة بين وجهيها
وهنا الجنايات مختلفة لاختلاف اسبابها **قوله** فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته
ومن ارشها لانه فوت عليه الدفع فيضمن قيمته وانما يضمن الاقل لان حقه في اقلهما ولم يصر مختارا للفداء لان
الاختيار بدون العلم لا يكون وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لانه فوت الدفع باعتاقه

فصار مختارا للفداء ضرورة الاقدام عليه وعلى هذا البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لانه لكن يمنع
الدفع لزوال الملك وكذا لو كانت الجناية فيما دون النفس فان كان يعلم بعد صار مختارا للارش وان كان
لا يعلم فعليه الاقل من الارش ومن القيمة **قوله** بخلاف الاقرار اعلم ان المولى الجاني لو اقر بعد العلم بالجناية
ان العبد لفلان فهو اختيار للفداء عند زفر رحمه الله لان العبد كان ملكه في الظاهر وقد استحق باقراره
فصار كما لو باعه منه وعندنا لا يكون مختارا لانه لم يفت على صاحب الحق الدفع اليه لانه لو كذبه المقر له في الملك
بطل اقراره وخير بين الدفع والفداء لبقائه على ملكه وان صدقه واخذه خير المقر له بين الدفع والفداء لان
الجناية من عنده واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري وهو اختيار لان فوات الدفع يكون لزوال ملك
البائع وقد وجد بالاجماع وان اختلفوا في ثبوت الملك للمشتري ولو كان الخيار للبائع فنقض البيع لم يكن
اختيارا لان الدفع لم يفت ولو عرضه على البيع او اجره او رهنه لم يكن اختيارا لان الدفع ممكن اما في العرض
فظاهر وكذا في غيره لفسخ الاجارة وفك الرهن وقال زفر رحمه الله هو اختيار للفداء لان هذه الاشياء دلالة
اختيار الامساك **قوله** ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان زوال الملك متعلق به ولو كاتبه
كتابة فاسدة فهو مختار بنفس العقد لان موجب الكتابة الفاسدة يثبت بنفس العقد وكذا يبطل البيع الفاسد
بعد القبض **قوله** ولو باعه المولى من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما لو وهبه لان المجني عليه له اخذه بغير عوض
وهو مستحق له بالهبة فوقعت موقع الدفع بخلاف البيع **قوله** واعتاق المجني عليه يعني لو امر المولى المجني عليه
بان يعتقه فاعتقه صار المولى مختارا ان كان عالما بالجناية لان فعل المامور مضاف الى الآمر **قوله** ولو ضربه
فنقصه يعني ضربا اثر فيه ونقصه وهو يعلم بالجناية فهو مختار لانه حبس جزءا من العبد فصار كما لو حبس
الكل وهذا لان حق في الجناية ثبت في كل جزء منه وهو احتمل التحري في الدفع بالجناية فامتناعه في جزء منه
كالامتناع في كله لان دفع الكل مع حبس البعض لا يتصور فان كان لا يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن الارش **قوله**
ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فقتل بعد ذلك شيئا فهو مختار للفداء اي على المولى
دية المقتول وقال زفر رحمه الله لا يصير مختارا وعليه قيمة العبد لانه لا جناية وقت التعليق وبعد الجناية لم يوجد
من المولى فعل يدل على الاختيار فلا يلزمه حكم الاختيار ولكنه اتلف مالية العبد بعد تعلق حق المجني عليه فيلزمه
القيمة ولنا ان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط وقد علق عتقه بالجناية فصار كما لو اعتقه
بعد الجناية ولهذا قال لامرأته في صحته ان مرضت فانت طالق ثلثا فمرض ثم تطلقت منه ثلثا وصار فارا كانه
طلقها ثلثا بعد المرض وكذا لو قال لامرأته ان دخلت الدار والله لا اقربك صار موليا من وقت الدخول
بخلاف ما لو علق الطلاق والعتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او يعتق ثم وجد الشرط فثبت العتق او الطلاق
فانه لا يحنث في يمينه لان غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع منه اذ اليمين للمنع او للحمل فما لا يمكنه
الامتناع عنه لا يدخل تحته ولانه متى علق عتقه بالجناية مع علمه [illegible] العبد وتسامح

الى تحصيل الشرط لنيل محبوبه ويعجز عن الدفع عنده لكن يكون اختيارا للفداء منه ضرورة فان كانت جناية العبد
مما يتعلق به القصاص بان قال ان ضربته بالسيف فانت حر فلا شيء على المولى لا القيمة والدية لان الواجب
هو القصاص على العبد لا يختلف بالرق والحرية فلم يصر المولى بالعتق مفوتا حق ولي الجناية فلهذا لا يلزمه
شيء **قوله** واذا قطع عبد يد رجل عمدا فدفع العبد بقضاء او بغير قضاء فاعتقه المدفوع اليه ثم مات
من اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد العبد على سيده ويقال للاولياء اما ان تقتلوا واما ان تعفوا
ووجهه انه اذا لم يعتقه وسرى ظهر ان الصلح كان باطلا لان الصلح وقع عن المال الى عن دية اليد اذ القصاص لا يجري
بين الحر والعبد في الطرف وبالسراية ظهر ان اليد غير واجبة وان الواجب هو القود وكان الصلح باطلا لان الصلح
لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال لم يوجد فبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة كما لو وطئ المطلقة ثلاثا
في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة في درء الحد فوجب القصاص واما اذا اعتقه فقد صح
الاعتاق ضرورة لان العاقل يقصد تصحيح تصرفه فلا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها
وكان مصالحا عنه عن الجناية وما يحدث منها ابتداء على العبد مقتضى الاقدام على الاعتاق فالمولى ايضا مصالح عنه
على العبد عن ذلك لانه اذا كان مصالحا على العبد عن الجناية فلان يكون مصالحا معه على العبد عن الجناية وما يحدث
منها اولى فجعل بينهما صلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء مقتضى الاعتاق اذا لم يعتقه لم يوجد الصلح
ابتداء لانه لم يوجد دلالته والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد على المولى ويقال للاولياء القتل او العفو وذكر
في بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوع
يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه وقيل للاولياء اما ان تقتلوا وان تعفوا
فاتفق الجواب واختلف السؤال فان قلت لم بطل الدفع في الوضع الاول والصلح في الوضع الثاني بالسراية
فلم لا يورث الصورة والظاهر شبهة في درء القود قلت الدفع ليس تصرفا مبتدأ بل هو تسليم للواجب فاذا
بطل الواجب بطل التسليم اصلا فلا يبقى ما يصلح شبهة في حق القود واما مسئلة الصلح متمسكا على قول [illegible]
فانه اذا عفي عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص عنه وهنا قال بعض من قال ما ذكر ههنا جواب
القياس وما ذكر في مسئلة العفو جواب الاستحسان فيكون الوضعان على القياس وقيل بينهما فرقا ووجهه
ان الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية والاسقاط لان الصلح استيفاء للجناية معنى لانه استيفاء بدلها
واذا ثبتت الجناية ثبت عليها العقوبة وهو القصاص واما العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القطع
فان بطل بالسراية الى النفس لكن يبقى شبهة لوجود صورة العفو اذ الصورة تعمل على الحقيقة في درء العقوبات
قوله واذا جنى العبد المأذون له جناية اي اذا جنى العبد المأذون المديون جناية خطأ فاعتقه سيده
ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل
القيمة على الانفراد لان حق ولي الجناية في نفس العبد بان يدفع العبد اليهم وحق رب الدين في بيعه بدينه فكذا

عند الاجماع ويمكن الجمع بأن الحقين يتعلقان بالرقبة الواحدة بأن يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيقضيهما
بالإتلاف لو قتل اجنبي هذا العبد خطأ لا تغرم الا قيمة واحدة للمالك ثم يدفعها المولى الى الغرماء لأن ملك المولى
في رقبته باق في البدل ايضا فيضمن الاجنبي للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر حق الغرماء بالنسبة الى الملك المالك
لأنه دون الملك فصار كأن ليس فيه حق ثم الغريم احق بتلك القيمة من ولي الجناية لأن القيمة مالية العبد والغريم
مقدم على ولي الجناية فيها لأن الواجب لم يدفع الدين ثم ساع له وكان مقدما معنى والقيمة هي المعنى فيسلم له
وفي الفصل الاول التعارض بين الحقين في الجنايتين مستويا فيظهر ان يصح فيهما **قوله** واذا استدانت الامة
اي اخذت دينه مديونة ولدت بيعت معه ولدها في الدين ولو جنت جناية ثم ولدت دفعت ولم يدفع ولدها والفرق
لأن الدين متعلق برقبتها لأن الدين عليها وصف حكمي فيسري الى الولد لأن الصفات الشرعية الثابتة بالامهات
تسري الى الاولاد كالملك والرق فأما الدفع بالجناية فواجب في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل
الحقيقي وهو الدفع وفعل الدفع كانت رقبتها خالية عن حق ولي الجناية فلذلك لم يجب القول بالسراية اذ السراية
في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية **قوله** واذا كان عبد زعم رجل ان مولاه اعتقه ثم قتل هذا العبد
وليا لهذا الزاعم خطأ فلا شيء له لأنه متى زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى ديته على عاقلته وابرأ العبد والمولى
فلزمه ما اقر به ولم يصدق على العاقلة بلا حجة **قوله** واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك وانا عبد
وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد بالاجماع لأنه انكر وجوب الضمان لما اسنده الى حالة معهودة هي
منافية للضمان وهذا لأن الوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء ولا يتصور وجوب الضمان في فصل
الخطأ على العبد في حالة رقه بحال **قوله** ومن اعتق جارية او عبدا الى آخره اعلم ان من قال للمعتق والحربي اخذت
مالك او قطعت يدك وانت حربي او عبدي فقال المقر له كنت مسلما او معتقا حينئذ فالقول للمقر ويضمن
المقر عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد رحمه الله القول للمقر ولا يضمن الاشياء بعينه فانه
يؤمر برده الى المقر وهذا لأنه منكر للضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية للضمان فكان القول له
كما في الوطء والغلة بأن قال لمعتقه وطئتك او اخذت منك كذا من الغلة وانت امتي فقالت بل فعلت ذلك بعد
العتق فان القول قول المولى ولا يضمن كذا هنا بخلاف الشيء القائم في يد المقر لأنه متى اقر انه اخذه منه فقد اقر
بيده ثم ادعى التملك عليه وهو منكر فكان القول للمنكر فلهذا امر بالرد ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ
والقطع ولم يسنده الى حالة تنافي الضمان لا محالة لأنه قطع يد عبده نفسه او اخذ ماله بسبب الضمان على المولى
في الجملة بأن قطع يد عبده في حالة الرهن او اخذ ماله حال كونه مديونا وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن
بل صار مدعيا براءة نفسه عن الضمان بعد الاقرار بسببه فلا يصدق الا بحجة كما في مسألة العين كما اذا جحده
بخلاف الوطء والغلة لأن ذلك لا يضمن في حالة الرق بحال فان وطئ المولى امته المديونة او المرهونة لا يوجب العقر لأن
حق الغرماء لم يتعلق بمنافع بضعها لأنها ليست بمال وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه

عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان فكان منكرا بالاسناد اليها كالوكيل المعزول اذا قال بعته
قبل العزل وسلمته وقال الموكل لا بل بعته وسلمته بعد العزل يكون القول للوكيل وكذا الوصي اذا قال بعد
بلوغ الصبي انفقت عليك من مالك نفقة المثل وقال الصبي لا بل استهلكت مالي فالقول للوصي لما قلنا الى آخر
ما قال في المتن ظاهر رجل امر صبيا حرا بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبي بلا شبهة لوجود المباشرة
منه عمده وخطاؤه سواء لقصور في عقله وقصده ثم عاقلته يرجعون على عاقلة الآمر بما عقلوه لوجود التسبب
من الآمر بوصف التعدي اذ لولا امره لما باشر الصبي على القتل لضعف قلبه وكذا لو كان الآمر عبدا محجورا
او صبيا او مكاتبا وهو صغير او كبير الا انه لا رجوع على الصبي الآمر ابدا لقصور اهليته ويرجعون على
العبد الآمر بعد عتقه بكمال اهليته وعلى المكاتب بالأقل من قيمته ومن الدية لأن هذا حكم جناية المكاتب
كما لو كان المأمور هنا عبدا محجورا **قوله** وكذلك لو امر عبد امعناه لو يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا
عليهما خوطب سيد القاتل بالدفع او الفداء ثم يرجع بعد العتق في الحال لأن الآمر قول المحجور غير معتبر فلا
يؤاخذ في الحال لكنه يؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو حق المولى انما يرجع بعد العتق بالأقل من الفداء
وقيمة العبد لأنه مختار في دفع الزيادة لا مضطر وهذا اذا كان الآمر كبيرا فان كان الآمر صغيرا لا يؤاخذ بعد
العتق ايضا لأن قول الصغير غير ملزم بحال ثم هذا اذا كان القتل خطأ وكذا لو كان عمدا والعبد القاتل
صغيرا لأن عمده خطأ فان كان كبيرا يجب القصاص ولو كان الآمر والمأمور مكاتبا يجب الضمان على القاتل ولا
يرجع على الآمر **قوله** واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما
فالمولى يدفع نصفه الى الآخرين ويفديه بعشرة آلاف درهم لأن الرقبة بحكم القود صارت بينهم لكل واحد
ربعه فاذا عفا اثنان بطل حقهما وبقي حق الآخرين في النصف فلهذا له ان يدفع نصفه واما الفداء فقد
عشرين الفا فلما عفا اثنان بطل حقهما فبقي حق كل واحد من الباقين في خمسة آلاف فلهذا فداه بعشرة آلاف
قوله فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا عشرة
آلاف لوليي الخطأ وخمسة آلاف لأحد وليي العمد الذي لم يعف لأن نصف الحق بطل بالعفو وبقي النصف وصار
مالا فيكون خمسة آلاف ولم يبطل شيء من حق وليي الخطأ وكان حقهما في كل الدية عشرة آلاف وان دفعه دفعه اليهم
اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه للذي لم يعف من وليي العمد عند ابي حنيفة رضي الله عنه بطريق العول فيضرب هذا
بالكل وذا بالنصف لأن حقه في النصف وحقهما في الكل فصار كل نصف سهما فصار حق وليي الخطأ سهمين
وحق غير العافي سهم فيقسم بينهما اثلاثا وعندهما يدفع ارباعا بطريق المنازعة ثلاثة ارباعه لوليي الخطأ وربعه
لأحد وليي العمد لأن النصف سلم لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف فلهذا انقسم
ارباعا **قوله** واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما عمدا فعفا احدهما عنه بطل الدم كله عند ابي حنيفة رضي
وقالا يدفع العافي نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة رضي

والاشهر انه مع ابي يوسف ولو قتل عبد مولاه عمدا وله ابنان فعفا احدهما بطل الدم كله عند ابي حنيفة
ومحمد رضي الله عنهما وقول ابي يوسف هنا كقوله ثمه لابي يوسف في المسئلتين ان نصيب من لم يعف
لما انقلب مالا بعفو صاحبه صار نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فما اصاب ملك صاحبه لم يسقط
وهو الربع وما اصاب ملك نفسه سقط ولهما ان القصاص واجب لكل واحد منهما في النصف من غير تعيين
فاذا انقلب مالا احتمل الوجوب من كل وجه بان يعتبر متعلقا بنصيب صاحبه واحتمل السقوط من
كل وجه بان يعتبر متعلقا بنصيب نفسه واحتمل التنصيف بان يعتبر متعلقا بهما شائعا فلا يجب المال بالشك
والاحتمال والاصل في هذه المسئلة ان المولى لا يستوجب على عبده دينا والمال لا يجب بالشك **فصل قوله**
ومن قتل عبدا خطا فعليه قيمته ولا تزاد على عشرة الاف الى قوله ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك
في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان المتلف مال فيجب ضمان قيمته بالغة ما بلغت كسائر الاموال
وكما في قليل القيمة وكالغصب وهذا لان الضمان يجب للمولى وهو لا يملكه الا من حيث المالية فالضمان
الواجب لا يكون الا ضمان المال ضرورة لان ضمان المال بالمال اصل وضمان ما ليس بمال بالمال بخلاف الاصل ومهما امكن
ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار الى ايجابه بخلاف القياس ولهذا لو اشترى عبدا فقتل قبل القبض
يبقى البيع ببقاء القيمة وانما يبقى البيع اذا فات المعقود عليه واخلف بدلا فلو لم يكن الضمان بدل المالية لما
بقي العقد اعتبارا لان البيع يتناول المالية ولنا قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا الاية جعل الواجب بقتل
المؤمن دية وهذا مؤمن فيكون المال الواجب بقتله دية والدية بدل الادمي فلا يزاد على عشرة دراهم
كدية الحر وقول ابن مسعود رضي الله عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم وهذا
كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم لان المقادير لا تعرف بالقياس وانما طريق معرفتها السماع من صاحب
الوحي ولان فيه معنى المالية كما بينا ومعنى الادمية حتى كان مكلفا ومعنى المالية تبع لان قيام المالية
بالنفسية ولهذا تزول مع قيام النفسية لانها تبع لان المالية تعارض الرق بواسطة الاستنكاف
فكان اعتبار ما هو الاصل لايجاب الضمان مقابلا به اولى ولهذا يجب القصاص في العمد والقصاص لا يجب
باتلاف المال والمتلف في حال الخطا ما هو المتلف في حال العمد فعلم انه مضمون بكونه ادميا وضمان
الغصب مقابل بالمالية لان الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع فائدته ولهذا يبقى بعد قتله
عمدا وان لم يكن القود بدلا عن المالية اجماعا فكذا امر الدية وفي قليل القيمة الواجب مقابلة الادمية
لا مقابلة المالية الا انه غير مقدر لان القياس يقتضي ان لا تكون الديات مقدرة بل تختلف باختلاف
منافع المحال كالقيم وانما قدرناها في الاحرار بالنصوص والنص الوارد في الاحرار لا يكون واردا في العبد
لنقصان حاله من الاحرار فقدرنا بقيمته الا اذا كثرت القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الاف
ولا يجد عبدا الا وفي الاحرار من هو افضل منه فوجب الحط عن ديته ليظهر رتبته عن الاحرار وقدر ذلك

بعشرة دراهم لما روينا من اثر ابن مسعود رضي الله عنه ولانه ادنى مال له خطر في الشرع ولهذا
يستحق به الطرف في البضع وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان قيمة
العبد كالدية في الحر لانها بدل الدم **قوله** في يد العبد نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح
من الجواب الا في رواية عن محمد رح انه يجب في قطع يد العبد خمسة الاف الا خمسة كذا في المبسوط
لمحمد ان اليد من الادمي نصفه فتعتبر بكله وينقص بهذا القدر ليحط ديته وجه الظاهر
ان المعتبر فيه المالية فقط ولهذا لا يضمن بالقصاص والكفارة **قوله** ومن قطع يد عبد فاعتقه
المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وان لم يكن اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك
الى ان اعتقه وبطل الفضل حتى لو كانت قيمته مائة دينار وقت القطع وعادت الى خمسين دينارا
بالقطع ثم صارت قيمته تنتقص بسبب ضناه الضعف والالم فعادت قيمته وقت الاعتاق
الى ثلثين دينارا فعلى القاطع سبعون دينارا ارش اليد خمسون دينارا وضمان ما نقص عشرون دينارا
وما بقي من قيمته وهو ثلثون يسقط بالاعتاق وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيما اذا قتل المكاتب دينارا صح
عمدا عن وفاء وورثة مولاه حيث لا يجب القصاص عند محمد للتردد في المستوفي وحق المحل
فانه الحقيق **قوله** ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى
لان العتق اضيف الى احدهما فلم يكن نازلا في المعين والشجة تصادف المعين فبقي ارش الحد من واجب
ارشهما للمولى ولو قتلهما رجل فاحدهما دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه
ثم اختلف المشايخ وجه ان الايجاب المبهم في الطلاق والعتاق يعلق بالذمة او نازل في المحل ام لا ولو البيان فيهما معتبر
غير نازل في المحل على رواية الاصل نازل في المنكر قبل الا ولهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه والثاني قولهما
وعامتهم على ان الايجاب المبهم نازل من وجه دون وجه ثم اختلفوا فقال بعضهم هو انشاء في محل
التهمة واظهار في غير محل التهمة لان قوله احدكما مبهم لكنه معين من وجه لانه فيهما لا يعدوهما
فمن حيث انه مبهم كان البيان انشاء ومن حيث انه لا يعدوهما كان اظهارا فاعتبرنا جهة الانشاء في موضع
التهمة وجهة الاظهار عند عدمها فاحفظه ثم بعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد
الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا واحدهما حر بيقين فصار قاتلهما قاتلا لحر بيقين فلزمه
دية حر وقيمة عبد وحقيقته ان القتل يلاقي محل العتق فاما الطرف فليس بمحل العتق فانما يثبت فيه
حكمه تبعا فلا يتصل بوقته في العين من كل وجه فصار مشجوجا على حكم الرق في هذا الاختلاف فيما اذا
قتل كل واحد منهما رجل فانه يجب قيمة العبدين لان كل واحد منهما منكر قتل الحر **قوله** ومن فقا عيني
عبد فان شاء المولى اخذ من الفاقئ قيمة العبد واعطاه العبد وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان

عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان شاء اخذ قيمته واعطاه قيمته وان شاء امسكه وضمنه ما نقصه وقال الشافعي رحمه الله يمسكه ويأخذ القيمة لان الواجب ضمان الجناية المعاصي وقد قدرناها بكل القيمة فيبقى الباقي على ملكه كما لو فقأ عيني حر فانه يأخذ كل القيمة وحسبه له وكما لو قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه فانه يضمن نصف القيمة ويبقى الباقي على ملكه ولنا ان الواجب قيمة كل النفس لان تفويت العينين اتلاف النفس معنى بتفويت جنس المنفعة ولهذا تقدر بالدية العبد فوجب ان يزول عن ملكه تحقيقا للمعادلة اذ هو مال للمتعمل كيلا يجتمع البدلان المبدل في ملك رجل واحد بخلاف ما لو فقأ عيني حر لانه لا مالية فيه وهنا المالية قائمة في الذات والاطراف لان اعتبار المالية في حق الذات تقصر عليه ساقط وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان العبد في حكم الجناية على الاطراف بمنزلة المال حتى لا يتعلق القود بالجناية على اطرافه بحال ولا تتحمله العاقلة ويجب بالغة ما بلغت وفي الجناية على المال اذا كان خارقا كما لو خرق ثوبا خرقا فاحشا او قطع بعض قوائم دابة غيره فان لمالك الخيار ان شاء ضمنه كل القيمة وسلم العين اليه وان شاء امسكه وضمنه النقصان له ان العبد مال من وجه وآدمي من وجه لما مر فالجناية على طرفه من وجه بمنزلة الجناية على المال ومن وجه بمنزلة الجناية على الادمي ولهذا يجب جميع بدل النفس لو قطع يد عبد غيره يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الادمية اذ موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيه ثم من احكام الادمية ان لا يسوغ تملك بدل النفس على النفس الطرف الفائت ولا يملكه بل يكون بازاء الفائت فقط كما في فقأ عيني الحر ومن احكام المالية ان يملك الجثة ويسوغ فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم فعلنا بحكم انه وجب جنايته على الادمي لا يجب موزعا وبحكم انه بدل المال يمكن له ان يأخذ كل بدل العين مع امساك العين بل جعل من شرط استيفائه هذا الضمان ان يزيل الجثة عن ملكه ليكون قولا بالشبهين

فصل في جناية المدبر وام الولد

قوله واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن السيد الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لما روي ان ابا عبيدة رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وكان اميرا بالشام وكان القضاء بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فصار اجماعا ولانه بالتدبير والاستيلاد صار مانعا دفع الرقبة عند الجناية ولم يصر مختارا لذلك الدية لانه عند التدبير والاستيلاد ما كان يعلم انه يجني فصار كما لو فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم انه يجني وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لان الاصل وجوب الدفع بالجناية وقد تعذر الدفع بسبب من المولى فيجب القيمة عليه لمنعه منه ولا منع من المولى في الاكثر من القيمة ولا حق لولي الجناية في اكثر من الارش فلا يتعين الخيار من الاقل والاكثر لان التخيير لا يفيد في الجنس المتحد لانه يختار الاقل لا محالة بخلاف القن حيث يخير بين الدفع والفداء لان التخيير في الجنس المختلف مفيد ولا يلزمه الا قيمة واحدة وان كثرت جناية من المدبر لانه لا منع الا في رقبة واحدة ولان قيمة المدبر بدل منزلة عين العبد ثم العبد اذا جنى جنايات

لا يجب دفعه الا مرة كذا هنا ولكن القيمة تشترك بين اولياء الجناية تتوزع بالحصص ويعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم في حال الجناية عليه ولا يعتبر يوم التدبير لان موجب الجناية لا يستحق الجناية حتى لو قتل انسانا خطأ وقيمته الف ثم صارت قيمته الفين ثم قتل آخر خطأ فلا حق لولي الجناية الاولى في هذه الزيادة ويضمن للثاني الفا فان دفع المولى القيمة الى ولي الجناية بقضاء ثم جنى اخرى يشارك الثاني الاول وان كان بغير قضاء فالثاني بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا شيء على المولى ويتبع الاول سواء كان بقضاء او بغير قضاء لانه حين دفع الى الاول لم تكن الجناية الثانية موجودة وكان الدفع اليه صحيحا وهو الجناية لم توجد فلا يضمن له شيئا ولهما ان القيمة انما تجب على المولى باعتبار منع الرقبة وانما منعها بالتدبير السابق وذلك في حق اولياء الجنايات سواء فيجعل في حق اولياء الجنايات كان دفع القيمة من المولى كان بعد وجود الجنايات وهناك لو دفع الى احدهما كل القيمة بقضاء لم يضمن للثاني شيئا وان دفع بغير قضاء كان للثاني الخيار فهذا مثله ولهذا كان للثاني حق المشاركة مع الاول في ملك القيمة ولا يكون ذلك الا بان يجعل كانه جنى عليهما في حالة واحدة

قوله واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان وجب على المولى بالمنع فصار وجود الاعتاق وعدمه من بعده سواء وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما ذكرنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالمدبر قوله واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولم يلزمه شيء عتق ام لا لان موجب جناية الخطأ على السيد واقراره لا ينفذ على السيد فان تنازعا في قيمته يوم جنى فالقول للسيد مع يمينه لانه ينكر الزيادة فان جنى اخرى فالقيمة ابدا اثلاثا فان جنى اخرى فارباع

باب غصب العبد والمدبر والجناية في ذلك

قوله ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات العبد من القطع ضمن قيمته اقطع وان غصبه رجل وهو الصحيح ثم قطع المولى يده عند الغاصب ثم مات من ذلك عند الغاصب فلا شيء على الغاصب اما المسألة الاولى فلان الغصب قاطع لسراية الضمان والملك في المضمون وقطع السراية كالبرء فصار كانه هلك بآفة سماوية ثم ما القطع فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في المسألة الثانية فاضيفت السراية الى البداية فصار المولى متلفا وصار به مستردا للعبد لان ما تصير به المشتري قابضا للمبيع تصير به المغصوب منه مستردا للمغصوب فبرئ الغاصب عن الضمان قوله واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا فمات في يده فهو ضامن في الحال لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله فان لم يكن مؤاخذا باقواله لما مر في الحجر قوله ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بين ولي الجنايتين نصفين لانه بالتدبير السابق لم يمنع الا رقبة واحدة لم يجب عليه الا قيمة واحدة ويكون بينهما نصفين لاستوائهما ويرجع المولى بعدما ادى قيمة العبد اليهما بنصف قيمته على الغاصب لان نصف القيمة استحق عليه بسبب كان عند الغاصب فيجب على الغاصب بدله ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب مرة اخرى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان المولى يرجع على الغاصب

بالنصف الذي اخذه ولي الجناية الاولى فيصير هذا الذي رجع به عوضا عما سلم لولي الجناية الاولى فاذا سلم له اصله لم يستحق عوضه لئلا يتكرر الاستحقاق في شيء واحد ولكيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد ولهما ان حق ولي الجناية الاولى في كل القيمة حين جنى في حقه لا يزاحمه احد فاذا تعددت الجناية موجبه استحقاق الكل انما النقصان بعارض مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من القيمة فارغا في يد المولى اخذه حتى يتكامل حقه لانه مقدم على المولى اذا اخذه منه رجع المولى بما اخذه على الغاصب في قولهم لانه انما استحق عليه بسبب كان عنده ولا يرجع به على غيره قوله ومن غصب عبدا فجنى عنده ثم رده على المولى فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاولى ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له ولو جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده فالمولى يدفعه نصفين ويرجع بقيمته فيدفعه الى ولي الاولى ولا يرجع به فالجواب في الفصل كالجواب في المدبر الا ان المولى يدفع العبد هنا وثمة يدفع القيمة قوله ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى مولى المدبر قيمته بين ولي الجنايتين نصفين ثم يرجع بقيمته على الغاصب فيدفع نصفها الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بنصف القيمة على الغاصب ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية وهذا لان جناية المدبر على مولاه فغرم المولى قيمته ويرجع بالقيمة كلها على الغاصب لان كلها انما يجب بسبب في ضمانه فاذا رجع بها دفع نصفها الى ولي الجناية الاولى لان حقه في كل القيمة لولا مزاحمة الثاني وقد قدر على بدل ما اخذه ولي الجناية الثانية فيرجع به فيتم حقه ثم يرجع المولى بذلك النصف على الغاصب لانه استحق عليه بسبب في ضمانه فاذا رجع سلم له ولم يسلمه الى ولي الجناية الثانية لان حقه لم يجب الا والمزاحمة قائمة فلم يجب الا في النصف وقد سلم له ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رضي الله عنه في الاولى ان ما رجع به عوض ما سلم لولي الجناية الاولى والثانية وحدث في بدل المالك فلو دفع اليه ما يتكرر الاستحقاق ويمكن هنا ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يتكرر الاستحقاق قوله ومن غصب صبيا لا يعبر عن نفسه فمات في يده فجاءة او بحمى فلا ضمان عليه وان اصابته صاعقة او نهشته حية فعلى عاقلة الغاصب الدية استحسانا والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رضي الله عنهما لان غصب الحر لا يتحقق ولهذا لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاولى ان لا يضمن اذا كان حرا رقبة ويدا ولنا انه يضمن بالاتلاف لا بالغصب لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق سبب للتلف لانها لا تكون في كل مكان ولو لم ينقله الى ذلك المكان لما اصابته صاعقة او نهشته حية وهو فيه متعد فيضمن ما يتلف به كما لو حفر بئرا في الطريق بخلاف الموت فجاءة او بالحمى لانه يكون في كل الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض يضمن فتجب الدية على العاقلة لما مر بخلاف المكاتب

الصغير لانه في يد نفسه صغيرا كان او كبيرا بخلاف الحر الصغير الا ترى ان المكاتب الصغير لا يزوجه احد والحر الصغير يزوجه وليه بخلاف ما اذا كان يعبر عن نفسه لانه يعارضه بلسانه فلا يثبت يده حكما فلا يصير في يده فلا يعارضه يده ولسانه كذا في الاسرار قوله واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية يحتمل انه اراد به القيمة وانما اطلق الدية لانها بازاء الادمية والقيمة بازاء المالية والواجب في العبد بازاء الادمية عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رضي ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي رضي الله عنهما يؤاخذ في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة والبيع والتسليم والعبد والصبي العاقل في الصحيح حتى يضمن غير العاقل اجماعا لان تسليطه هدر وعلى معتبر لهما انه اتلف مال الغير بغير اذنه فيضمنه لان المحجور يؤاخذ بضمان الفعل كما لو وجد قبل العقد وهذا لان الايداع امر بالحفظ والامر بالحفظ ضد الامر بالتضييع فان لم يؤكد على حرمة الاستهلاك فلا يرفعها الا ترى ان المودع لو كانت عبدا او امة يكون مضمونا وكذا لو اتلفه غير الصبي في يد الصبي ولابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما انه استهلكه بتسليط صحيح وشرط باطل فلا يضمن كما لو نص عليه وهذا لان التسليم اليه وايداعه يده عليه تسليط عرفا او عادة الصبيان اتلاف المال لعدم نظرهم في العواقب فهو لما مكنه في ذلك مع علمه بحاله صار كالاذن له في الاتلاف وقوله احفظ شرط باطل لانه خاطب به من لا يحفظ ولا يقدر عليه ولا للصبي على نفسه فهو كمن قدم الشعير بين يدي الحمار وقال احفظه بخلاف العبد والامة لان اثبات اليد على ادمية في حق الدم مبقي على اصل الحرية وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يده لانه لا تسليط في حقه وان استهلك مالا من غير ايداع ضمن لانه يؤاخذ بافعاله لما مر في الحجر

باب القسامة

اعلم ان القسامة هي الايمان يقسم على اهل المحلة التي وجد القتيل فيهم قوله فان حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يحلف الولي وقال الشافعي رضي الله عنه اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا فان حلفوا قضي بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ في قول وفي قول يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في العمد وهو قول مالك رضي الله عنه وان نكل المدعي عن اليمين حلف المدعى عليهم فان حلفوا برؤوا ولا شيء عليهم وان نكلوا فعليهم القصاص في قول والدية في قول واللوث عندهما قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي بان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدم او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له حلف اهل المحلة على ما قلنا فالاختلاف في موضعين في تحليف المدعي اولا وفي براءة اهل المحلة باليمين للشافعي رضي الله عنه في البداية بيمين الولي قوله صلى الله عليه وسلم للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين حجة لمن يشهد له

الظاهر في سائر الدعاوى لان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل في الذمم البراءة والظاهر يشهد للمدعي
عند قيام اللوث وقرب العهد فيكون اليمين حجة له ولكن في هذه الحجة ضرب شبهة والقصاص عقوبة
يسقط بالشبهات بخلاف المال فلهذا وجبت الدية في الجديد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي
واليمين على المدعى عليه وروى ابن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود بالقسامة
وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين ليست بحجة صالحة لاستحقاق مال فكيف يصلح
حجة لاستحقاق نفس خصوصا في موضع يتيقن ان الحالف على ما لم يعاينه يحلف نحو اللوث وانما شرعت
اليمين لابقاء ما كان على ما كان فلا يستحق بها ما لم يكن مستحقا وقوله يتخيرهم الولي يشير الى خيار تعيين
الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والله تعالى يستوفي حقه وله ان يختار الشبان والفسقة لانه يتهم القتل
عليهم ولو اختار المشايخ والصلحاء منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة اكثر مما يتحرز الفسقة
فاذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا ولو اختار في القسامة اعمى او محدودا في قذف جاز لان هذه
شهادة ... اهلية اليمين بخلاف اللعان لانه شهادة وهما ليسا باهل الشهادة **قوله** فاذا حلفوا
قضى على اهل المحلة بالدية وقال الشافعي يبرؤون عن الدية لما روى سهل بن ابي حثمة ان عبد الله بن سهل
وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا
في قليب يتشحط في دمه فجاؤوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فاراد عبد الرحمن وهو اخو
القتيل ان يتكلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم احد عميه حويصة او محيصة واخبره
بذلك فقال من قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود قال يبرئكم اليهود بايمانها ولان الحلف يبرئ في سائر الدعاوى
فكذا هنا ليكون موافقا للاصول ولنا ما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى
اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني
اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى عليه السلام امرا وان كنت نبيا فاسأل الله مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى
اراني ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم تغرمون الدية قالوا لقد
قضيت فينا بالناموس اي بالوحي وروى خصيف بضم الخاء عن زياد بن ابي مريم انه جاء رجل الى النبي صلعم
فقال اني وجدت اخي قتيلا في بني فلان فقال اختر من شيوخهم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا
قاتلا فقال الرجل وليس لي من اخي الا هذا قال نعم ومائة من الابل وروى ان قتيلا وجد بين وادعة وارحب
فكان الى وادعة اقرب فقضى عليهم عمر رضي الله عنه القسامة والدية فقال الحارث يا امير المؤمنين لا
ايماننا تدفع عن اموالنا ولا اموالنا تدفع عن ايماننا فقال انما حقنتم دماءكم بايمانكم وانما اغرمكم الدية لوجود
القتيل بين اظهركم وقوله يبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له
اليمين وما شرعت القسامة لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القاتل بتحرزهم عن اليمين الكاذبة

المهلكة ... فاذا حلفوا ابرؤوا عن القصاص ثم الدية عليهم صيانة لدم المقتول عن الهدر ولانهم
لما قصروا في صيانة المحلة صاروا كالمباشرين للقتل فانه لولا تقصيرهم لما وقع هذا الامر والتسبب
موجب للدية وذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية القسامة على اهل المحلة والدية على عواقلهم
وما وقع في اكثر النسخ فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية فيحتمل ان يكون المراد به على عاقلة اهل
المحلة **قوله** ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين في القسامة حق مقصود لتعظيم امر الدم
ومن لزمه حق مقصود لا يجري النيابة في ايفائه يحبس اذا امتنع منه ليستوفي كما في كلمات اللعان الا ترى
انه يجمع بينه وبين الدية وهذا بخلاف النكول في المال لان اليمين ثمة بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل
المدعي وهنا لا يسقط ببذل الدية وهذا اذا ادعى الولي القتل على كل اهل المحلة او ادعى على البعض
لا باعيانهم والدعوى في العمد وفي الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي اما لو ادعى على البعض باعيانهم فلو
... عمدا او خطأ كما مر في المتن **قوله** وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تكمل خمسين لما
روي ان الذين جاؤوا الى عمر رضي الله عنه من وادعة كانوا تسعة واربعين رجلا فحلفهم ثم اختار منهم واحدا
فكرر عليه اليمين ومثله عن شريح والنخعي رضي الله عنهما ولان عدد اليمين في القسامة منصوص عليه
ولا يجوز الاخلال بالعدد المنصوص عليه وان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على عدد منهم لم يكن له
لانه انما يصار الى التكرار لضرورة الاكمال ولا ضرورة هنا **قوله** ولا قسامة على صبي ومجنون وامرأة
وعبد لانهم اتباع لا تقوم النصرة بهم واليمين على اهل النصرة **قوله** وان وجد ميت لا اثر به فلا قسامة
ولا دية لان القتيل من زهقت روحه بسبب مباشرة حي عادة والقسامة شرعت في المقتول وهو
انما يبين المستحق بعد بالاثر فاذا لم يوجد فهو ميت فلا حاجة بنا الى صيانة دمه عن الهدر وان كان به
اثر فهو مقتول وبنا حاجة الى صيانة دمه عن الهدر والاثر ان يكون به جراحة او اثر ضرب وخنق وكذا
اذا خرج الدم من عينه او اذنه لان الدم لا يخرج منها عادة الا بجرح في الباطن بخلاف ما اذا خرج من
انفه او فمه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل احد وقد مر في الشهيد **قوله**
واذا وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او نصف البدن ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة
والدية لان هذا قتيل وجد في محلة فللاكثر حكم الكل **قوله** وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد
اقل من النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان الموجود ليس بقتيل
اذ الاقل ليس بكل ولان هذا يؤدي الى تكرار القسامة والدية في قتيل واحد لانا لو اوجبنا لوجود النصف
في هذه المحلة القسامة والدية على اهلها لم نجد بدا من ان نوجب اذا وجد النصف الاخر في محلة اخرى
القسامة والدية على اهلها وتكرار القسامة والدية في قتيل واحد غير مشروع والاصل فيه ان الموجود الاول
ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة والدية لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه

القسامة والدية بحث والمعنى ما بيّنا وصلوة الجنازة مبنية على هذا الاصل لانها لا تتكرر ايضا قوله
~~واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل او يقودها~~ وان وجد فيهم جنينا او سقطا الى آخره ظاهر قوله
واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل ويقودها او راكبها والدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده
فصار كما لو كان في داره وان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما لو وجد في دارهم قوله وان مرّت
دابة بين قريتين وعليها قتيل فعلى اقربهما القسامة والدية لان قتيلا وجد بين قريتين على عهد النبي صلعم
فامر ان يمسح بينهما فوجد الى احد القريتين اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية وعن عمر رضي الله عنه
مثله وقيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهلها الصوت اما اذا كان بحيث لا يبلغهم الصوت فلا شيء عليهم
لانه اذا كان بحيث يبلغه الصوت يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا واذا كان في موضع لا يسمعون
صوته لا يلزمه نصرته فلا ينسبون الى المقصر فلا يجعلون جانين تقديرا قوله واذا وجد القتيل في دار
انسان فالقسامة عليه لان التدبير في حفظ الملك الخاص الى المالك والدية على عاقلته لان نصرته وقوته
بهم قوله ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك اعلم ان القسامة والدية على اهل الخطة دون السكان
والمشترين وفي هذا فصول احدها انه لا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما
وقال ابو يوسف اهل الخطة والمشترين والسكان سواء في القسامة والدية لانه صلعم قضى بالقسامة
والدية على اهل خيبر وقد كانوا سكانا بخيبر ولان وجوبها عليهم لالتزامهم الحفظ او لوجود القتيل بينهم
والكل في ذلك سواء ولهما ان التدبير في حفظ المحلة الى الملاك دون السكان لان السكان يتحولون في كل وقت
من محلة الى محلة دون الملاك ولانه ما يكون من الغنم والشفعة يختص به الملاك فكذلك ما يكون من الغرم واهل
خيبر كانوا ملاكا وثانيها انها على اهل الخطة دون المشترين قال ابو يوسف الكل مشتركون لان ما يجب
بالملك لا يختلف باختلاف اسباب الملك كالشفعة ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بتدبير المحلة والمحلة
تنسب اليه دون المشترين ولا يزاحم المشترين في التدبير والقيام بحفظ المحلة وكان هو المختص بالقسامة
والدية دون المشترين وقيل انما اجاب ابو حنيفة رضي الله عنه بهذا بناء على ما شاهده من عادة اهل الكوفة
في زمانه ان اصحاب الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركون المشترين في ذلك قوله وان بقي واحد
من الخطة لان المشترين اتباع لاصحاب الخطة فما بقي شيء من الاصل يكون الحكم له دون التبع ولهما انه اذا لم يبق
واحد من اهل الخطة بان باعوا كلهم فهو على المشترين لانه زال من يقدمهم عندهما او يزاحمهم عنده فاتصلت الولاية
لهم قوله واذا وجد قتيل في دار انسان فالقسامة على رب الدار وقومه ويدخل العاقلة في القسامة ان كانوا
حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار لان رب الدار اخص بها من غيره فلا يشاركه غيره في القسامة كاهل
المحلة لا يشاركهم عواقلهم فيها ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة الموضع كما يلزم رب الدار ويشاركونه في القسامة
قوله وان وجد قتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فالعقل على رؤوس الرجال لان الحكم يضاف

الى ولاية الحفظ وعند التقصير فيه تثبت احكام القتل واليد لاهل الملك وولاية الحفظ باليد وهم سواء والدلالة
واحدة لا يختلف اثرها بتفاوت الملك فكان على عدد الرؤوس كالشفعة قوله ومن اشترى دارا
فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل ولم يكن في الشراء خيار فالدية على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار
فهو على عاقلة ذي اليد وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان لم يكن في الشراء خيار فالدية على عاقلة
المشتري وان كان فيه خيار فالدية على عاقلة الذي يصير الدار اليه لهما ان الحفظ في الشرع يملك بملك الرقاب
فيكون المالك هو المقصر حقيقة او بعد تقرر الملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي الذي فيه
الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان الحفظ انما يكون باليد لانه يقدر على الحفظ باليد لا بالملك
ولا يقدر بالملك بلا يد فالحاصل انه اعتبر اليد وهما اعتبرا الملك لكن وجدوا موقوفا على قرار الملك واليد لم يكف
لوجوب الدية على العاقلة حتى لو كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود
انها للذي في يده اذا انكرت العاقلة ان يكون الدار له وما الواقع لا يعقل في يده وهذا لما عرف ان الظاهر حجة
للدفع لا للاستحقاق وقد احتجنا الى الاستحقاق هنا فوجب بيانه بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار فجحد ارسعت
فانكر المشتري ان يكون الدار التي في يد الشفيع ملكا له فانه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على
الملك ولا يلزم ان ابا حنيفة رضي الله عنه يعتبر اليد في استحقاق الدية كما ذكرنا انفا انه يعتبر يد الملك لا مجرد
اليد ولم يثبت هنا يد الملك الا بالبينة قوله وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب
والملاحين والدية عليهم وعلى هذا اللفظ يشمل اربابها حتى يجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان كذا
على يدها الملاك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على مذهب ابي يوسف رحمه الله ظاهر لانه يجعل
السكان والملاك في القتيل الموجود في المحلة سواء فكذا في القتيل الموجود في السفينة واما عندهما ففي
السكان لا يشاركون الملاك لان التدبير في المحلة الى الملاك دون السكان وفي السفينة الظاهر انهم في تدبيرها
سواء اذا حزبهم امر وهذا لان السفينة تنقل فيكون المعتبر فيها اليد دون الملك فانها مركب كالدابة فكما ان
المعتبر في القتيل الموجود على الدابة هو اليد دون الملك فكذا في القتيل الموجود في السفينة وهم في اليد عليها
سواء بخلاف المحلة او الدار لانها لا تنقل قوله ولو وجد في المسجد الجامع او الشارع فلا قسامة فيه والدية
على بيت المال لان المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل وذا لا يتحقق في العامة وكذا الجسور للعامة ومال
بيت المال معد لذلك قوله ولو وجد في سوق الى آخره ظاهر قوله ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال
عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وعند ابي يوسف رضي الله عنه الدية والقسامة على اهل السجن لانهم
سكان وهم الذين يقومون بتدبير ذلك الموضع ما دام ابوابه فالظاهر ان القتل حصل منهم ولهما ان
اهل السجن مقهورون في السكون في ذلك الموضع فلا يقومون بحفظه والتدبير فيه ثم ذلك الموضع
معد لمنفعة المسلمين قالوا وهذا بناء على مسألة الملاك والسكان وقد مر الاختلاف فيه قوله

وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما مر من استماع الصوت لانه اذا كان بحيث يبلغه
الصوت يكون من سكان العمران وهم احق بالتدبير فيه ومرعى مواشيهم الا ترى انه ليس لاحد ان يخرج لك الموضع بغير
رضاهم فاما فيما وراء ذلك فهو من جملة الفلوات فلا يجب فيه شيء وهذا اذا لم يكن مملوكا لاحد فاما اذا كانت فالقسامة
والدية على عاقلته **قوله** وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه
وقال ابو يوسف رحمه الله على اقرب القرى القسامة والدية كما لو كان محبوسا بالشاطئ قلنا انه ينتقل من مكان الى مكان
وبمثله لا يعقل **قوله** ولو كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي مر ولان
المحتبس بالشاطئ كالملقى على الشاطئ الذي يقرب ذلك الموضع احق بالتدبير فيها لانهم يستقون الماء ويسقون
دوابهم الى ذلك الموضع للسقي **قوله** بخلاف النهر الصغير يعني لو كان نهرا صغيرا القوم معروفين
فالقسامة والدية عليهم لانهم احق الناس بالانتفاع بمائه سقيا لاراضيهم في التدبير في كريه واجراء الماء فيه
فكان بمنزلة المحلة والنهر الصغير ما يستحق بالشركة فيه الشفعة فهو نهر عظيم كالفرات وجيحون **قوله**
وان ادعى الولي على احد من اهل المحلة سقط عنهم القسامة والدية لانه نفى القتل عنهم وهم انما يغرمون اذا
كان القاتل منهم **قوله** وان ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة والدية عنهم لانه ذكر
ما كان ثابتا معلوما ظاهرا وهو ان القاتل احد من اهل المحلة ولكنا لا نعلم ذلك حقيقة وبدعوى الولي على واحد منهم
بعينه لا يصير معلوما له حقيقة انه هو القاتل واذا لم يستفد بهذه الدعوى شيئا لا يتغير الحكم به فتجب القسامة
والدية على اهل المحلة كما كانا **قوله** واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان حفظ
المحلة عن مثل ذلك اصحب عليهم فاذا لم يعرف من باشر جعل عليهم القسامة والدية الا ان يدعي الاولياء على
اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة شيء حتى يقيموا البينة اما على اهل المحلة فلان هذه الدعوى
تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة واما على اولئك فلان مجرد الدعوى لا يثبت شيء قال النبي صلى الله عليه وسلم
لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر ولكن يسقط به
الحق عن اهل المحلة لان قولهم حجة عليهم **قوله** ولو وجد في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد
فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنه الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى
اقرب الاخبية لان المعتبر هو اليد في الموضع لا ملك لاحد فيه **قوله** وان كان القوم لقوا عدوا ووجد
قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر انه قتيل الاعداء اذ الظاهر ان الانسان يحذر السلاح انما يقتل
من يحاربه لا من يعاونه وانما اوجبنا القسامة والدية على اهل المحلة باعتبار نوع من الظاهر وقد عدم هنا
قوله وان كان للارض مالك فعلى عاقلته رب الارض القسامة والدية لان المالك هو المختص بالتدبير في ملكه وولايته
حفظ ملكه اليه وقد مر ان لا عبرة للسكان مع الملاك في قول ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمه الله فينبغي ان يكون على
الملاك في ذلك الموضع لان عنده السكان في المحلة كالملاك **قوله** واذا قال المستحلف قتله فلان الى اخره ظاهر

قوله وان شهد اثنان من اهل المحلة على قتل احد منهم او غيرهم لغت الشهادة اعلم ان القتيل اذا وجد في محلة
والولي ادعى قتله على غيرهم فشهد اثنان من اهل المحلة لم يقبل عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يقبل
والكلام فيه يرجع الى اصل مجمع عليه وهو ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من ان يكون خصما لم يقبل شهادته
ولو كان له عرضية ان يصير خصما ثم بطلت هذه العرضية فشهد يقبل شهادته والتخريج على هذين الاصلين
فقالا الثابت في حق اهل المحلة عرضية ان يصيروا خصما لو ادعى الولي عليهم فقد بطلت هذه العرضية بالدعوى على
غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل ان يخاصم ثم يشهد في تلك الحادثة وله ان اهل المحلة
صاروا خصما في هذه الحادثة لوجود القتيل بين اظهرهم ومن صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها وان خرج
من الخصومة كالوكيل بالخصومة اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل فشهد وكالوصي اذا اخرج من الوصاية بعد ما قبلها
ثم يشهد وعلى هذين الاصلين يخرج كثير من المسائل من هذا الجنس **قوله** ولو ادعى على واحد من اهل المحلة
بعينه فشهد شاهدان من اهل المحلة عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل لما انهم خصماء في هذه
الحادثة فالشاهد يقطع الخصومة عن نفسه فكان متهما في هذه الشهادة فاذا لم تقبل شهادتهما قال ابو يوسف
ان اختار الولي الشاهدين حلفهما ثم يستحلفهم يحلفهما بالله ما قتلنا فقط لانهما علما انهما يحلفان القاتل فلا معنى
لاستحلافهم على العلم وانما يستحلفان على البتات بالله ما قتلنا وقال محمد يحلفان بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا سوى
فلان لان ما هو المقصود يحصل بهذه الاشياء فلا يجوز اسقاط اليمين على العلم في حقهما كما لا يجوز في حق غيرهما
قوله ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية
على القبيلة وان لم يكن صاحب فراش فلا ضمان فيه ولا قسامة وقال ابو يوسف رحمه الله لا ضمان فيه ولا قسامة
في الوجهين لان القسامة والدية في القتيل الموجود والجريح ليس بقتيل فصار كما لو لم يكن صاحب فراش ولنا انه
اذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض اذا اتصل به الموت يجعل كالمستمر اول سببه في حكم التصرفات وكذا في حكم
القسامة والدية يجعل كانه مات حين جرح في ذلك الموضع فاما اذا لم يكن صاحب فراش فهو في حكم التصرفات
كالصحيح وكذا في حكم القسامة والدية وعلى هذا التخريج اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى بيته فمات بعد يوم او يومين
فان كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذي كان يحمله وان كان يذهب ويجيء فلا شيء على حامله وفيه خلاف
ابي يوسف وهذا لان وجوده جريحا في يده كوجوده جريحا في المحلة وهكذا الوجهان في مسألة القبيلة **قوله**
ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فعلى عاقلته ديته لورثته عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا شيء عليهم لانه
لو وجد غيره قتيلا في هذه الدار جعل كالمباشر لقتله في حكم الدية فاذا وجد هو قتيلا فيه يجعل كانه قتل نفسه
ومن قتل نفسه يهدر دمه وله انه وجد قتيلا في موضع لو وجد غيره قتيلا في ذلك الموضع كانت الدية على عاقلته
فاذا وجد هو قتيلا كانت الدية على عاقلته وهذا لان السبب وجود القتيل في ذلك المكان كما نص عليه عمر رضي الله عنه
وانما اغرمهم الدية لوجود القتيل بين اظهرهم الا ترى ان من مات قبل ذلك لا يدخل في الدية ومن وجد بعد قتيلا

الدار مملوكة لورثته لا له لانه تبين الحيكم الاثري ~~لمن جميان فيما ذلك لا الدخل في الدية~~ فيما لبس من اهل الملك
فتكون الدية عليهم وهذا بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار من كسبه فانه لا يجب فيه شيء لان حال ظهور القتيل
بقيت الدار على حكم ملكه لبقاء عقد الكتابة بعد ما مو وجد قتيلا فيها فجعل كانه قتل نفسه فيهدر دمه
واختلف المشايخ في وجوب القسامة على عاقلته على قولها واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه لا يجب
القسامة هنا لانه لو وجد غيره فيه قتيلا لا يكون القسامة عليه دون عاقلته فاذا وجد هو قتيلا اسعد ان يجب
القسامة بخلاف الدية **قوله** ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا وقال
ابو يوسف رحمه الله يضمن الاخر الدية وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان يكون قتله الاخر
فلا يجب الضمان بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فلا يعتبر ذلك التوهم كما لو وجد
قتيلا في محلة لم يلتفت الى هذا التوهم **قوله** ولو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما
عليها القسامة بتكرار الايمان عليها وعلى عاقلتها الدية وعاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب لانها
ليست من اهل النصرة والديوان وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على
من كان من اهل النصرة والمراة ليست من اهل النصرة فصارت كالصبي ولهما ان القتيل في الملك باعتبار الملك
بتلك التهمة القتل والمراة في الملك وتهمة القتل كالرجل فكانت كالرجل في القسامة وقال المتاخرون
من اصحابنا رضي الله عنهم ان المراة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا حملناها قاتلة والقاتل
يشارك العاقلة لانه لما وجب على غير المباشر فعلى المباشر اولى ان يجب جزء منها **قوله** وجد رجل
قتيلا في ارض رجل جانب قرية ليس صاحب الارض من اهل القرية فهو على صاحب الارض لان التدبير في حفظ الملك
الخاص الى المالك دون غيره فيجعل كان المالك هو القاتل

كتاب المعاقل

والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة بخلاف ما لو وجب بالصلح وبالاقرار
قد مر في الديات العاقلة الذين يحملون العقل اي يؤدون الدية وسميت الدية عقلا ومعقلة لانها تعقل
الدماء من ان تسفك اي تمسك وجمع المعقلة المعاقل والاصل في ايجاب الدية على العاقلة في الخطأ وشبه العمد
قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لاولياء الضاربة قوموا فدوه ولان الخاطئ معذور وعذره لا يسقط حرمة
نفس المقتول لكن يمنع وجوب العقوبة وقد سقطت العقوبة عنه للعذر وضم الشرع اليه العاقلة لدفع
معنى العقوبة وكذا في شبه العمد باعتبار الالة للسلاح يكن فعله محظورا محضا حتى لا يجب عليه القود
فلا يكون جميع الدية عليه في ماله دفعا للعقوبة عنه ولكن الدية هنا مغلظة اثباتا لمعنى العمدية ووجبت
على العاقلة دفعا للعقوبة عن القاتل وانما خصوا بالضم لان قتل هذا القاتل لا يكون الا بظهر اسبابه له وقلة
مبالاته وتقصيره في التحرز وذا انما يكون بقوة الحاصل المراء في نفسه بكثرة اعوانه وانصاره وانما نصرة عاقلته
فخصوا به وان لم يجنوا حقا للتعاون في التناصر **قوله** والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل

الديوان يؤخذ من اعطياتهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهو الجيش الذين كتب اساميهم في الديوان
وهذا عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه الدية على اهل العشيرة لانه كان عليهم في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولا نسخ بعده لانه لا يكون الا بالوحي على لسان نبي ولا نبي بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب كالارث النفقات
ولنا ان عمر رضي الله عنه فرض العقل على اهل الديوان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه منكر وكان ذلك اجماعا
منهم فان قلت نظن بهم الاجماع على خلاف ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت هذا اجماع على وفاق
ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فانهم علموا ان رسول الله صلعم انما قضى على العشيرة باعتبار النصرة
وقد كان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر رضي الله عنه الدواوين صارت القوة والنصرة
بالديوان فلهذا قضوا بالدية على اهل الديوان فان كان القاتل من قوم يتناصرون بالقبائل حين ذلك
وان كانوا يتناصرون بالحرفة فعاقلته اهل حرفته وان كانوا يتناصرون بالحلف فاهله لان المعنى مبني عليه
في الحكم الشرعي يتعدى بذلك المعنى الى الفروع والوجوب عليهم بطريق الصلة كما قال ايجابها فيما هو صلة
وهو العطاء اولى من ايجابها في اصول اموالهم ويقدر بثلث سنين منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعمر رضي
ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة **قوله** فان خرجت العطايا في اكثر
من ثلث او اقل اخذ منها وهذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء بالدية حتى لو اجتمع
في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء لان من عليه
غير معلوم لان في العاقلة كلاما فلا يتعين الا بالقضاء **قوله** ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة
معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لوجود محل اداء الدية فلا فائدة في التاخير **قوله** واذا كان جميع
الدية في ثلث سنين الى اخره ظاهر **قوله** وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه
عمدا فهو في ماله في ثلث سنين عندنا اتباعه وقال الشافعي رح ما وجب في ماله فهو حال لان تاجيل التاجيل
للتخفيف فلا ايجاب على العاقلة فلا يعتبر ذلك اذا كان الفعل عمدا محضا **قوله** ولو قتل عشرة رجلا خطأ
فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين لان ما يجب على كل واحد منهما بدل النفس بدل النفس يكون مؤجلا الى ثلث سنين
فيعتبر الجزء منه بالكل وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان ثبوت الاجل بني على وجوب
المال والمال انما يجب بالقضاء اداء الواجب الاصلي المثل مثل النفس بنفس لا انه اذا انتقل الى القاضي
يحقق العجز عن استيفاء النفس فيتحول الحق بقضاء الى المال فيعتبر ابتداؤه من وقت القضاء كما في ولد
المغرور فان قيمته انما تجب على المغرور بالقضاء وان كان ولد عنه متحدا قبل القضاء ولكن في الحكم
جعل الواجب رد العين الا ان يحول القاضي الى القيمة بالقضاء ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن
شيئا **قوله** ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته اي عشيرته واقاربه لان نصرته بالقبيلة
وهي المعتبرة في التعاقل فصار حاله كحال من كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد بينا انه

مضى التحمل على الاقارب قوله تقسم عليهم في ثلث سنين لا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم وثلث درهم فلا يزاد على كل واحد من كل الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة كذا ذكر في المبسوط وذكر القدوري في مختصره تقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها وهذا يشير الى انه يزاد على اربعة من كل الدية والصحيح هو الاول قوله فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل نسبا تحقيقا للتخفيف وتعادما عن الاجحاف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم اما الاباء والابناء فقيل يدخلون لانهم اقرب وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يكون عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون قوله وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب وذلك يفوض الى الامام وهذا عندنا وعند الشافعي ما يقضى به على كل واحد منهم لا يكون اقل من نصف دينار لانه صلة واجبة شرعا فتعتبر بالزكوة وادنى ما يجب في الزكوة نصف دينار او خمسة دراهم ولنا ان الايجاب عليهم للتخفيف على القاتل وذا في القليل دون الكثير وهذه صلة امروا بادائها على وجه الشرع فلا يبلغ بمقدارها مقدار الواجب من الزكوة بل ينقص من ذلك لانه لا يجب في اصول اموالهم وانما يجب فيما هو صلة وهو العطا تحقيقا للتخفيف قوله ولو كان عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية عليهم في ارزاقهم في ثلث سنين كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم قائم مقام العطاء والعطاء انما يكون محلا لقضاء الدية منه لانه صلة تخرج لهم من بيت المال وهذا موجود في الرزق ثم ينظر فان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما اخرج رزق يؤخذ منه الثلث وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منهم سدس الدية وان كانت تخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج الرزق بعد قضاء القاضي بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر ولو كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت عليهم الدية في اعطياتهم دون ارزاقهم لان الارزاق انما هو كانت محلا لعدم الاعطيات ولا يعتبر الخلف مع وجود الاصل وهذا لان الارزاق لكفاية الوقت فاخذ شيء منها لكلهم يؤدي الى الاضرار بهم وبعيالهم فاما الاعطيات فليست لكفاية الوقت ولكن ليتالفهم حتى يكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم الاداء قوله وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم وقال الشافعي رحمه الله ليس على القاتل من الدية شيء لان الخطاء مرفوع بالحديث المعروف وانما يتحقق ذلك اذا لم يكن شيء من الدية عليه واعتبر الجزء بالكل والمعنى الذي يوجب سائر الاجزاء على العاقلة من نصرة او صلة يوجب هذا الجزء عليهم ايضا وكذا المعنى الذي يوجب نفي سائر الاجزاء عنه يقتضي نفي هذا الجزء عنه ولنا ان الايجاب على العاقلة لدفع الاجحاف وذا في الكل لا في الجزء ولان الوجوب عليهم باعتبار النصرة ولا اشكال انه ينصر نفسه كما ينصر غيره وغير الجاني

وغير الجاني ابعد من المؤاخذة من الجاني المعذور فاذا وجب على كل واحد من العاقلة جزء من الدية مع انه بريء وقد قال تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى فلان يجب عليه وهو جاني اولى ليس على النساء والذرية ممن له عطا في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتقصيرهم في مراقبته وكفه عن مثل هذا الفعل ولا يناصر بالصبيان والنساء وانما يفرض لهما من العطاء معونة لهما لا للنصرة كما فرض عمر رضي الله عنه لازواج النبي صلعم العطاء في الديوان وكان يوصل اليهن في كل سنة وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شيء عليهما من الدية كذا في المبسوط وقد مر ان العاقلة تتدارك العاقلة عند المتاخرين قوله ولا يعقل مصري عن اخر ظاهر قوله ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه انما يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه الا يرى ان القرب في السكنى لا يكون اقوى من قرب القرابة ولو ان اخوين لاب وام واحدهما ديوانه بالكوفة وديوان الاخر بالبصرة لم يعقل احدهما عن الاخر وانما يعقل عن كل واحد اهل ديوانه والاصل ان التناصر بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء والقرب بالسكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب كما مر وعلى هذا يخرج المسائل قوله ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له عطا في الديوان واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر وان لم يكن له فيهم عطاء ثم قيل عقلوا عنه سواء كان قريبا لهم او لم يكن لانه اذا كان من ظهرانيهم صار كالعديد والحليف لهم لانهم الذين يقومون بنصرة اهل المصر والذب عنهم ولا يخصون بذلك من كان له في المصر عطا وكانوا عاقلة جميع اهل المصر وقيل اراد به اذا كان قريبا لهم قال الاسانيد في قوله واهل البادية اقرب اليهم فكان الوجوب عليهم باعتبار القرابة وان كان البادية اقرب اليهم فكان الوجوب عليهم باعتبار القرابة وان كان البادية اقرب نسبا فهم اقرب مكانا فكانوا اقدر على النصرة وصار كتضمين له ولنا ان احدهما اقرب لكن غاب عنه معطعه فان لم يفد الانكاح الى الابعد الحاضر لانه اقدر على اقامة مصالحها ولو كان البدوي نازلا في المصر وليس له مسكن في المصر لا يعقل عنه اهل العطاء لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل اهل المصر النازل فيهم لانهم لا يستنصرون به اذا لم يكن مسكنه فيهم قوله لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات ومعنى التناصر الذي يبنى عليه تحمل العقل يوجد فيهم كما وجد فينا قوله كما في حق المسلم وهذا لان اصل الوجوب الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة اذا وجدت فاذا لم يوجد يبقى عليه بمنزلة مسلم في دار الحرب قتل مسلما خطاء وهما تاجران فيها فانه يقضى بالدية عليه في ماله لان من يكون في دار الحرب فاهل دار الاسلام لا يعقلون عنه ويمكنه من هذا الفعل لم يكن بنصرتهم قوله ولا يعقل مسلم عن كافر ولا كافر عن مسلم والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان التعاقل يبنى على الموالاة والتناصر

وذلك لا يكون عند اختلاف الملة وانما يكون عند اتحادها والكفر كله ملة واحدة قالوا وهذا اذا لم يكن
المعاداة فيهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض
وهكذا روي عن ابي يوسف رضي الله عنه **قوله** ولو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء
فلم يقض عليه حتى حول ديوانه الى البصرة فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر رحمه الله
يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب الجناية وقد تحققت منه
وعاقلته اهل الكوفة وبعد ما تحول الى ديوان البصرة لم يوجد منه جناية وصار كالوقضي بالدية على عاقلته
بالكوفة ثم تحول الى ديوان البصرة قبل الاستيفاء شيء فان الدية تكون على عاقلته من اهل الكوفة ولنا ان
المال لا يجب بنفس القتل انما يجب بالقضاء على ما قررنا والرواية المسلم انما ينتقل الى المال بالقضاء واصل
الوجوب على القاتل وبعد ما وجب عليه يتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء
بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب تقرر بالقضاء عليهم فلا يتحول الى غيرهم بعد ذلك ثم اذا تحول بعد
القضاء يؤخذ حصة القاتل من عطائه بالبصرة لان الدية تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة ولو قلت
العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد اخذ البعض منهم ضم اليهم اقرب القبائل في النسب حتى يحملوا معهم
دفعا للاجحاف عنهم ولا يشبه قلة العاقلة بعد القضاء تحويل الرجل عطائه من بلد الى بلد حيث
يجوز الحاق قوم بهم بعد القضاء عليهم بقلة العاقلة ولا يجوز النقل بعد القضاء من بلد الى بلد والفرق
ان في النقل ابطال حكم الاول لا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى من الواجب عليهم فكان فيه تقرير
حكم الاول لا ابطاله **قوله** ولو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة
فانه يقضي بالدية على عاقلته بالبصرة ولو كان قضى بها على عاقلته بالكوفة لم ينتقل عنهم لان حرف العطالة
اذا كان يسكن مصرا فعاقلته اهل ديوان ذلك المصر بمنزلة عطاء وكذا البدوي اذا الحق بالديوان
بعد القتل قبل القضاء يقضي بالدية على اهل الديوان ولو كان ذلك بعد القضاء على عاقلته بالبادية
لم يتحول عنهم لان الجاني هو القاتل لا العاقلة فانما يكون على عاقلته اذا قضى بها عليهم **قوله** وهذا
بخلاف ما اذا كان قوم يعني لو ان قوما من اهل البادية قضي عليهم بالدية في اموالهم في ثلث سنين فادوا
الثلث او الثلثين او لم يؤدوا شيئا حتى جعلهم الامام في العطاء صارت الدية عليهم في اعطياتهم وان كان
قضى بها اول مرة لانه ليس فيه جعل الدية في اعطياتهم نقض للقضاء الاول لانه قضى بالدية عليهم في اموالهم
واعطياتهم اموالهم الا انهم يؤدون الدية من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء في حال صاروا من
اهل العطاء ايسر وهذا اذا كان مال العطاء من جنس ما قضي عليهم بان قضي عليهم بالدراهم والعطاء دراهم اما اذا لم يكن
من جنسه بان قضى بالابل والعطاء دراهم لم يتحول دراهم ابدا لانا لو حولناها دراهم يؤدي الى ابطال القضاء
الاول ولكن يؤدي ذلك من مال العطاء لانه اداء منه ايسر **قوله** وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة

بهم يؤيده قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم ومولى الموالاة وقبيلته لان الولاء هم بهم وفيه خلاف الشافعي رح
وقد مر في الولاء **قوله** والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلعم لا تعقل
العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل
النفس لان الايجاب على العاقلة لدفع الاجحاف عن الجاني وذلك في الكثير دون القليل فلهذا اوجبنا الكثير
والفاصل بينهما ارش الموضحة بالنص وما دون ذلك في مال الجاني والقياس فيه احد الشيئين اما التسوية
بين القليل والكثير في ايجاب الكل على العاقلة كما ذهب الشافعي رحمه الله او التسوية بينهما في ان لا يجب شيء
على العاقلة كما في ضمان المال وكما تركنا القياس بالسنة وانما جاءت السنة في ارش الجنين بالايجاب على العاقلة
وارش الجنين نصف عشر بدل الرجل فيقضي بذلك على العاقلة وفيما دونه يؤخذ بالقياس **قوله** ولا يعقل العاقلة
جناية العبد الى اخره ظاهر **قوله** ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته
بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة على العاقلة ولم يكن عليه في ماله
شيء لانهما تصادقا على ان الواجب بقضاء القاضي هو على العاقلة وبعد تقرر على العاقلة لا شيء عليه وتصادقهما
حجة في حقهما الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في مقدار حصته مقر على نفسه
وفي حصة العاقلة مقر عليهم فيؤخذ بما اقر على نفسه **قوله** واذا جنى الحر على العبد اي قتله خطأ فهي
على عاقلته لانه ضمان الادمي فيجب على العاقلة اذا كان القتل خطأ قياسا على الحر وقال الشافعي في قول يجب
على القاتل لانه بدل المال عنده حتى اوجب قيمته بالغة ما بلغت ولا خلاف في اطراف العبد انها لا تجب
على العاقلة لانه يسلك بها مسلك الاموال **قوله** ولا تعقل العاقلة ما جنى العبد لا حر لان المولى كونه
مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة فلا يتحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لا تحمل جناية العبد على عاقلة مولاه
والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا قال ابو حنيفة رضي الله عنه هو ان يجني العبد
على حر وقال الشريح لليلي رضي الله عنه هو ان يجنى الحر على عبد وصوبه الاصمعي رحمه الله وقال لو كان المعنى على ما قال
ابو حنيفة رضي الله عنه لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن الكلام ولا تعقل عبدا وقال الاصمعي سألت القاضي
اذا لم يكن له عاقلة بان كان لقيطا او نحوه فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته الا ترى انه
اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا اغرمه يكون في بيت المال لان الغرم بالغنم وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
ان الدية في ماله لان الا ملاك منه وكان بدله عليه وانما يتحمل العاقلة تخفيفا فاذا لم يكن له عاقلة بقي عليه ابن
الملاعنة تعقل عنه عاقلة امه لان نسبه ثابت منها وكان من عاقلته قوم الام فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب
رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين
ان الدية واجبة عليهم لانه عند اكذاب الاب نفسه ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا منه لان النسب يثبت منه
من وقت العلوق لا من وقت الدعوة فتبين انه لم يعقل جنايته كان على عاقلة ابيه وان قوم الام تحملوا عن قوم الاب

مضطرون في ذلك بالزام القاضي فيرجعون عليهم فصار حالهم مع عاقلة الاب كحال ولي الجناية وقد مر
ان الاجل يعد من وقت القضاء لا من وقت الجناية فكذا هنا وانما يرجعون في ثلث سنين لانهم ادوا
هكذا **قوله** وكذلك لو مات المكاتب عن وفاء ولم يؤد حتى جنى ابنه من امراة حرة مولاة لبني تميم والمكاتب
رجل من همدان فعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون على عاقلة الاب لانه عتق المكاتب عند
اداء البدل مستندا الى حال حياته فتبين انه كان للولد ولاء من جانب الاب حين جنى ولم يوجد جنايته على
موالي امه وقد عقل عنهم قوم الام فيرجعون عليهم بالمؤدى **قوله** وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله
ضمنت عاقلة الصبي الدية ورجعت بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثابتا بالبينة وان كان ثبت بالاقرار
فانهم يرجعون عليه في ماله في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي بها على الامر او على عاقلته لان الدية تجب مؤجلة تيسيرا
والاصل الذي يخرج عليها عدة مسائل هو ان حال الجاني اذا تبدل حكما واستقل ولاؤه الى ولاء اخر بسبب حادث
لم ينتقل جنايته عن الاولى قضي بها او لم يقض ولو ظهرت حالة حقيقة ينتقل ولو الولاء عنه تحولت الجناية
الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني لكن العاقلة تبدلت الى عاقلة اخرى كان الاعتبار
في ذلك لوقت القضاء الى اخر ما قرر في المتن **كتاب الوصايا** اعلم
ان ركن الوصية قوله اوصيت بكذا اما لا فلان او لفلان وشرطها كون الموصي اهلا للتمليك
والموصى له اهلا للتملك والموصى به بعد موت الموصي مالا قابلا للتمليك وحكمها ان يملكه الموصى له ملكا
جديدا كما يملكه بالهبة **باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه**
وما يكون رجوعا قوله الوصية غير واجبة اعلم ان الوصية اربعة اقسام واجبة كالوصية
برد الوديعة والديون المجهولة ومستحبة كالوصية بالكفارات وفدية الصيامات والصلوات
ونحوها ومباحة كالوصية للاغنياء من الاجانب والاقرباء ومكروهة كالوصية لاهل الفسوق
والمعاصي ومراد المصنف رحمه الله بالمستحب انها هي الحالية **قوله** وهي اي الوصية مستحبة وقال
بعض الناس هي واجبة على كل من له يسار لقوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمْ اِذَا حَضَرَ اَحَدَكُمُ الْمَوْتُ الاية ولنا انها
مشروعة لنا لا علينا وما شرع لنا يكون مندوبا وما يرجع بعد الوفاة محصورا بالتبرع في حال الحيوة
والاية منسوخ والقياس يابى جوازها لانها تمليك مضاف الى حال زوال المالكية ولو كان مضافا الى
حال قيام المالكية بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى لانها لو جازت فاما ان يزول
عن ملك الموصي ويدخل في ملك الموصى له قبل القبول كالارث وهو باطل لانه لا قدرة للحي على ازالة الملك
الى غيره بغير رضاه او يزول عن ملك الموصي ولا يدخل في ملك الموصى له ما لم يقبل فيجعل كونه مملوكا
بلا مالك او لا يزول عن ملك الموصي لكن يبقى على حكم ملكه الى ان يقبل وهو باطل ايضا لان الميت ليس باهل
للملك الا انا استحسنا جوازها بالكتاب وهو قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا اَوْ دَيْنٍ وفي السنة

فهو

فهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونه حيث شئتم
او قال حيث احببتم واجماع الامة وحاجة بعض الناس اليها وهذا لان من نور الله بصيرته حتى نظر الى سرعة الفناء
والانقضاء والى العقبى الخلود والبقاء ارسال ماله في حيوته الى الحسنى ثلا للزلفى ومن جبل على الشطط وامسك
عن الانفاق خشية الاملاق لا يفارق ماله عن نفسه وان يواري الى رمسه ومن ثم وقع حصص التحرز ولم يبذل
سماحا ولكن يريد ان ينتفع بماله مدة الحيوة ثم بعد موته يصرفه الى الخيرات والمبرات فيحتاج الى مصرف يحوي
هذا الغرض فلهذا شرعت الوصية في المرض وبقي المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والتكفين
والدين واستخلاف الغني في ماله من العبد فيجوز كما يجوز استخلاف الشرع **قوله** ثم تصح في الثلث للاجنبي
بغير اجازة الورثة كما دونها **قوله** ولا يجوز بما زاد على الثلث لان سعدا قال للنبي صلى الله عليه وسلم اوصي بجميع
مالي قال لا قال اوصي بنصف مالي قال لا حتى قال الثلث قال الثلث والثلث كثير اي اوص بالثلث والثلث ولانه انعقد
سبب زوال ملكه عنه لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه وتحقق السبب لزال من كل وجه
فاذا انعقد سببه ظهر حق كان القياس ان لا يملك المريض الايصاء كما قلنا الا ان الشرع جوزه بقدر الثلث
بلا اجازة نظرا الى السلامي بما فرط منه من التفريط في الاول للورثة كيلا يتاذى بعض الورثة بايثار البعض وقد جاء في الحديث
الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للورثة **قوله** الا ان يجيزها الورثة
بعد موته وهم كبار لان عدم الجواز لحقهم وقد اسقطوا **قوله** ولا معتبر باجازتهم في حيوة الموصي لان اسقاط
الحق قبل وجود السبب لا يجوز وهذا لان نفس المرض ليس بسبب لتعلق الحق بل السبب مرض الموت ومرض
يتصل به الموت فقبل اتصال الموت به لا يكون سببا فكان لهم ان يردوه بعد موته وقال مالك رحمه الله ليس لهم
ان يردوه بعد موته لانهم قد ابطلوا حقهم فبطل ولا يعود لان الساقط لا يعود ولنا ان ابطالهم لا يجوز لما بيناه بخلاف
ما اذا اجازوا بعد الموت فانه ليس لهم ان يرجعوا عنه لانه بعد ثبوت الحق يعم يستند الى اول المرض فكان ثابتا
عند الاجازة ولكن الاستناد لا يعمل الا في القائم ونقص فيهم حين رجعوا اجازة ووقع لغوا لانه لا حق لهم حينئذ فلا
يثبت لهم حكم الاجازة ولئن ظهر انه كان ثابتا ولكن ذلك الحق يتعلق حقيقة عند الموت فلو اعملنا اجازتهم
لابطلنا الحقيقة بعد الموت والرضا ببطلان مجرد الحق لا يدل على الرضا ببطلان حقيقته لكن ظهر بعده وهذا
معنى قوله وعامة الامر ان الملك للوارث يثبت بعد الموت مستندا الى اول السبب وهو المرض فيظهر ان الاجازة
في ملكه فوجب ان يعتد بها بعد الموت لكن الجواب ان الاستناد انما يظهر في القائم دون الفائت والاجازة كما وجدت
بلا سبب فلا يظهر فيها الاستناد **قوله** وكذلك لو كانت الوصية للوارث واجازه البقية اذا جازوا بعد الموت
ليس لهم ان يرجعوا عنها وان اجازوا في حال الحيوة فلهم ان يرجعوا بعد الموت **قوله** كل ما جاز باجازة الوارث
فانه يملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا حتى انهم يخير قبض ولا يمنع الشيوع صحة الاجازة وليس للوارث
ان يرجع فيه وعند الشافعي رحمه الله يملكه من الوارث ابتداء حتى لا يتم الا بالقبض عنده وله الرجوع قبل التسليم

صار ملكا للوارث بنفس الموت لان الميراث يثبت بغير قبول الوارث ولا يرتد بالرد فاجازته تكون اخراجا للمال بغير عوض فهو هبة فلا تتم الا بالقبض ولنا ان تصرف الموصي صادف ملكه واستقر بعوده لعيانه حق الغير فيه فكانت الاجازة اسقاطا للحق لم يفد التصرف على الوجه الذي باشره المتصرف كالراهن يبيع المرهون فيجيزه المرتهن قوله ولا تجوز للقاتل عمدا كان او خطأ بعد ان كان مباشرا وقال مالك والشافعي رضي الله عنهما تصح لانها تمليك المال بالقول فالقتل لا يبطله كالتمليك بالهبة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل ولانه قصد الاستعجال بفعل محظور فعوقب بالحرمان كالميراث وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي يبطل الوصية عندنا وعنده لا يبطل قوله وان اجازتها الورثة جازت عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وعند ابي يوسف لا تجوز لان الوصية اخت الميراث ولا ميراث للقاتل وان رضي به الورثة فكذا الوصية ولان الحرمان شرع عقوبة على جنايته وهي باقية ولهما ان عدم الجواز لحق الورثة لانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم ولان تفتح بطلانها تعود اليهم كتعجيل بطلان الارث وقد اسقطوا حقهم فيجوز قوله ولا تجوز لوارثه لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة ولان في وصيته لبعض الورثة ايثاره على سائر الورثة وفيه قطع الرحم وهو حيف لما روينا ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لان الوصية عقد مضاف الى ما بعد الموت فانما يثبت حكمه بعد الموت ولان المانع صفة الوراثة لا تعرف لذلك الا عند الموت فلو اوصى لرجل وهو وارث يوم اوصى ثم صار غير وارث وكان غير وارث يوم اوصى ثم صار وارثا ومات الموصي ينظر الى يوم موت الموصي فان كان الموصى له وارثه لم تجز الوصية فان لم يكن وارثه جازت الوصية له والهبة في المرض للوارث نظير الوصية لانها وصية حكما حتى يعتبر من الثلث حتى انه لا يصح للوارث اصلا قوله واقرار المريض لوارثه على عكسه اي يعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الاقرار حتى لو صار وارثا بسبب حدث بعد الاقرار اي وارث بسبب كان زمانا وقت الاقرار لا يصح الاقرار لانه تصرف في الحال ولهذا يملك المقر له المقر به في الحال فيصح ... في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار الا ان يجيزها الورثة لما روينا ولان عدم الجواز لحقهم وقد اسقطوا حقهم فيجوز ولو اجاز البعض ورد البعض يجوز على المجيز بقدر حصته وبطل في حق غيره لان له ولاية على نفسه دون غيره قوله ويجوز ان يوصي المسلم للذمي وبالعكس فالاول لقوله تعالى لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ الآية والثاني انه بعقد الذمة ساوى المسلم في المعاملات حتى جاز من الجانبين في حال الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لحربي وهو في دار الحرب باطلة لانها بر وصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية وفي السير الكبير ما يدل على الجواز ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز قوله وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او ردها فهو باطل حتى لو قال في حيوة الموصي لا اقبل ثم قبل بعد موته صح قبوله عندنا وعند زفر

اذا رده في حيوته لم يعتبر قبوله بعد موته لان ابطاله كان في الحيوة وقد رده فبطل ولنا ان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر القبول والرد بعد الموت لا قبله كما لا يعتبر قبل العقد الا ترى انه لو قال لامرأته انت طالق غدا على الف فالقبول والرد منها يعتبر عند مجيء الغد قوله ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث لان في النقص عن الثلث صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه صلة لانه استوفى تمام حقه وانما ترك الوصية بما زاد على الثلث لحجره عن تنفيذه شرعا فالصلة لهم انما تكون اذا ترك لهم ما يملك صرفه الى غيرهم قوله ثم الوصية باقل من الثلث اولى من تركها اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم لانه تردد بين الصدقة على الاجنبي والهبة للقريب والاولى اولى لانه يبتغي بها رضا الله تعالى وصلة لان احدهما صدقة والاخرى صلة فاستكمل كل واحد منهما على فضيلة فصار بين الحسنيين ... وان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لان في ترك الوصية صدقة على القريب والوصية تصدق على الاجنبي والاول اولى لقوله صلى الله عليه وسلم افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة قوله والموصى به يملك بالقبول فان قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي له ثبت الملك قبضه او لم يقبضه وان رد الموصى له الوصية بطل برده عندنا وعند زفر رحمه الله في رواية والشافعي في قول لا يبطل لان الملك بالوصية بمنزلة الملك بالارث على معنى كل واحد منهما خلافة يثبت بعد الموت ثم الارث يثبت من غير قبول ولا يرتد برد الوارث فكذا الوصية ولنا ان هذه تمليك المال بالعقد فلا يثبت الا بالقبول او ما يقوم مقامه كالتمليك بسائر العقود وهذا لان الملك يثبت للموصى له ابتداء ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه بالعيب والملك المتجدد يستدعي سببا متجددا ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله بخلاف الميراث فانه يبقى للوارث الملك الذي كان ثابتا للمورث حتى يرد بالعيب ويرد عليه والبقاء لا يستدعي سببا مبتدأ قوله الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لان الملك موقوف على القبول وقد امتنع القبول بالموت فصار كما لو مات المشتري قبل قبوله وجه الاستحسان ان الوصية تمت من جانب الموصي بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما التوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قوله ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان قضاء الدين فرض والوصية تبرع والفرض مقدم على التبرع الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فينفذ الوصية قوله ولا تصح وصية الصبي سواء مات قبل الادراك او بعد الادراك وقال الشافعي يصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية غلام يفاع اي مرتفع وهو الذي قارب البلوغ ولم يبلغ بعد ولانه انما لا يصح تصرفه في حيوته نظرا له حتى يبقى له المال فيصرفه الى حوائجه ومعنى النظر اي يتنفذ وصيته ولانه يكتسب به الزلفى والدرجة العليا بعد ما استغنى عن المال ولان الوصية اخت الميراث والصبي الادرث يغنم بعد موته مساويا للبالغ فكذا

في الوصية ولنا انها تبرع فلا يصح من الصبي كالهبة والصدقة وهذا لان اعتبار عقله فيما ينفعه دون ما يضره الا يرى انه لا يعتبر عقله في حق الطلاق والعتاق لان ذلك يضره باعتبار اصل لكنه انما يملك الملك بطريق التبرع فيضره باعتبار اصل الوضع وان كان ينفعه باعتبار الحال والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال الا يرى ان الطلاق قد ينفعه في بعض الاحوال بان يطلق امرأته المعسرة ويتزوج باختها الموسرة ومع هذا لا يملكه ولا وصية وتاويل الا يرى انه كان قريب العهد الى البلوغ ومثله يسمى يافعا بطريق المجاز او كانت وصية في تجهيزه وامر دفنه وهذا جائز عندنا وهو يجر الثواب المترتب على رتبته قوله وكذا اذا قال اذا ادركت فثلثي لفلان يعني لو قال الصبي اذا ادركت فثلث مالي لفلان يعني لو قال الصبي اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لان قول الصبي هدر في التبرعات لقصور اهليته كما هو هدر في الطلاق والعتاق ثم لا يصح منه اضافة العتاق والطلاق الى ما بعد البلوغ كما لا يصح تنجيزها فكذا اضافة التبرع وهذا بخلاف العبد والمكاتب اذا قال اذا اعتقت فثلث مالي وصية لفلان لانهما مخاطبان ولهما قول ملزم في حق انفسهما فيصح منهما اضافة التبرع الى حال حقيقة الملك وزوال المانع قوله ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لانه ليس باهل التبرع وقيل لا تصح عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما تصح وهو نظير ما لو قال المكاتب كل مملوك املكه فيما استقبله فهو حر ثم عتق فملك مملوكا وفيه الخلاف فان عند ابي حنيفة رضي لا يعتق وعندهما يعتق لهما ان المعلق بالشرط عندنا كالمرسل عند وجود الشرط فيصير كانه قال حين ملك عبدا بعد الحرية انت حر فيعتق كما لو قال كل مملوك املكه اذا عتقت فهو حر فعتق ثم ملك عبدا فانه يعتق فكذا هذا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان للمكاتب نوع ملك مجازي هو الملك في الحال وحقيقي وهو ما يثبت بعد العتق والمجازي ههنا صار مرادا لان اللفظ مرسل غير معلق بشرط العتق والمرسل لا يحتمل المعلق لتباين بينهما وقيل الاصل فيه ان كل من لا يكون اهلا للعتق بتنجيز لا يكون اهلا للتعليق قوله ويجوز الوصية للحمل وبه اذا ولد لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية اخت الميراث لانها استخلاف من وجه اذ الموصى له يخلفه في بعض ماله كالوارث والجنين صالح خليفة في الارث فكذا في الوصية الا انها ترتد بالرد لما فيها معنى التمليك بخلاف الارث لانه استخلاف مطلق وهذا بخلاف الهبة للحمل حيث لا تصح لانها تمليك محض ولا يصح الا بالقبول والقبض ولا يتصور قبض الاب وقبوله عنه لانه اذا لا يكون الى ولاية ولا وراثة لاحد على الجنين لاستغنائه عنها فان قيل الوصية تحتاج الى القبول وهو ليس من اهل القبول قلت الوصية تشبه الميراث وتشبه الهبة لما بينا فلشبهها بالهبة اذا حصلت ممن يتصور القبول منه يشترط القبول ولشبهها بالارث لا يشترط القبول اذا حصلت ممن لا يتصور منه القبول عملا بالشبهين واما الثاني فلانه يجري فيه الوراثة فيجري فيه الوصاية لما مر ان الوصية اخت الميراث وقد عرفنا وجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم الموت قوله ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق باطلاق اللفظ تبعا لها فاذا افردها بالوصية

صح افرادها فان قلت اذا لم يتناوله اللفظ ينبغي ان لا يصح الاستثناء لانه تصرف في الملفوظ قلت كفى لصحته التزكي نزيه كما في استثناء المستثنى على صحته لا يتعلق الى الثاني لكن اللفظي يدل على صحة استثناء قفيز حنطة من الف درهم ولان الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه لما مر في البيوع ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه قوله ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانها تبرع مضاف الى ما بعد الموت والتبرع الذي لم يتم يقبل الرجوع والمضاف الى ما بعد الموت اولى لان القبول يتوقف على الموت ويصح ابطال الايجاب قبل القبول كما في البيع قوله واذا صرح بالرجوع اعلم ان الرجوع قد يثبت صريحا وقد يثبت دلالة فالاول ان يقول رجعت او نحوه والثاني بان يفعل فعلا يدل على الرجوع لانها تعمل عمل الصريح فيقوم مقامه وهذا كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل تارة بصريح الابطال وطورا بدلالته ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا لانه لما اوجب قطع الملك فلان يؤثر للمنع اولى وكذا كل فعل يوجب زيادة في الموصى به فلا يمكن تسليمه الا بها فهو رجوع اذا فعله وكذا كل تصرف اوجب زوال الموصى فهو رجوع واذا ش هذا معقول اذا اوصى بثوب فقطعه وخاطه او بقطن فغزله او بغزل فنسجه او بحديد فاتخذه انا فهو رجوع لان العين التي تعلقت بها الوصية صار غيرها اخرى فيقطع ملك المخصوص منه بهذه التصرفات ولو اوصى بسويق فلته بسمن او بدار فبنى فيها او بقطن فحشا به او ببطانة فبطن بها او بظهارة فظهر بها يبطل الوصية لانه لا يمكن تسليمه وحده متعذر وتكليف نقض ما صنع غير ممكن لانه حصل في ملك الموصي من جهته فكان رجوعا بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لان التجصيص ليس بتصرف في نفس ما وقعت الوصية به لانه تصرف في البناء والتابع والتصرف في التبع لا يدل على اسقاط الحق عن الاصل ولان هدم البناء تصرف في التابع ولو باع العين الموصى بها ثم اشتراها او وهبها ثم رجع فيها بطلت الوصية لانه بالبيع والهبة زال الملك والعائد اليه فحكم ملك جديد وذبح الشاة الموصى بها رجوع لان ذلك الفعل يدل على انه اتخذها لنصرف الى حاجته فصار هذا اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان غسل الثوب لازالة الدرن فهو ابقاء منه فلم يكن بالوصية دليل الرجوع لان من اراد ان يعطي انسانا ثوبا يغسله عادة قوله وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكر في الجامع الكبير وذكر في المبسوط انه رجوع قيل ما ذكر في الجامع محمول على ان الجحود كان عند غيبة الموصى له وهذا لا يكون رجوعا على الروايات كلها وما ذكر في المبسوط محمول على ان الجحود كان بحضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعا فلا يبقى في المسئلة روايتان وقيل ما ذكر في الجامع قول محمد رحمه الله وما ذكره في المبسوط قول ابي يوسف وهو الاصح لابي يوسف ان الرجوع نفي للوصية في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا الا يرى ان جحود الوكيل عزل وجحود المتبايعين اقالة ولمحمد ان الرجوع عن الشيء يقتضي سبق وجود ذلك الشيء وجحود الشيء يقتضي سبق عدمه اذ الجحود نفي لاصل العقد فلو كان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال او نقول العدم في السابق من لوازم الجحود والوجود في السابق من لوازم الرجوع وتنافي اللازمين يستلزم تنافي

الملزوم بدون اللازم احد المحالين وهو الجمع بين اللازمين المتنافيين او وجود الملزوم بدون اللازم لان عند تحقق الملزوم ان حصل تحقق اللازمين لزم الاول وان لم يتحقق لزم تحقق الملزوم بدون اللازم وكان بين الجحود والرجوع منافاة ضرورة كونهما ملزومين فلا يكون الجحود رجوعا لان احد المتنافيين لا يكون مستلزما للآخر ولهذا لا يكون النكاح ثم فسخه قوله ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او ربا لم يكن رجوعا لان ما وصفه يستدعي وجود اصل الوصية بخلاف ما لو قال فهي باطلة لان الوصية متى استحقت توصف بالبطلان فقد وصفها بما توصف بعد النقض فيتضمن النقض قوله ولو قال اخرتها لم يكن رجوعا ولو قال تركتها فهو رجوع لان ترك الشيء اسقاط له اما التأخير فليس باسقاط الا ترى ان رب الدين اذا قال للمديون تركت لك دينك كان ابراء ولو قال له اخرت عنك لا يكون ابراء كذا في المحيط قوله ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات الحصص له فصار رجوعا عن الاول بخلاف ما لو اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان اللفظ صالح للشركة والمحل يحتملها قوله وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي فهو رجوع عن الوصية الاولى ويكون وصية للوارث ثم الورثة بالخيار ان شاؤوا اجازوا وان شاؤوا ردوا قوله ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان بطلان الاولى ضرورة ثبوت الاستحقاق للثاني فاذا لم يثبت للثاني فهي للاول على حالها قوله ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي لورثة الموصي لبطلان الوصيتين لانه لما ثبت للثاني كان رجوعا عن الاول فبطلت في حق الاول وصحت في حق الثاني ثم بطلت لموته قبل موت الموصي

باب الوصية بثلث المال

قوله ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانهما استويا في سبب الاستحقاق واستويا في الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما فيكون بينهما قوله وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا كما ذكر في المتن قوله وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما الثلث بينهما على اربعة ثلاثة اسهم للموصى له بالكل وسهم للموصى له بالثلث هذا لانا نحتاج الى عدد له ثلث صحيح واقله ثلاثة فيضرب صاحب الكل بالكل ثلاثة اسهم وصاحب الثلث بثلثه سهم فيقسم ارباعا وان اوصى لاحدهما بثلث ماله وللآخر بنصف ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان عنده وعندهما على خمسة اسهم سهمان لصاحب الثلث لانه يجعل كل سدس سهما وثلاثة اسهم لصاحب النصف واصله ان الموصى له باكثر من الثلث لا يضرب في الثلث باكثر من الثلث اذا لم تجز الورثة عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا في المحاباة صورتها ان يكون له عبدان قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة واوصى بان يباع واحد منهما بمائة درهم لفلان والآخر بمائة لفلان آخر فحصل المحاباة ههنا لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة فان خرج ذلك من ثلث ماله جاز

ذلك وان لم يكن له مال غير هذين العبدين ولم تجز الورثة جازت محاباتهما بقدر الثلث ويكون الثلث بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف على قياس قوله باكثر من خمسمائة وستة وستين وثلثي درهم لان عنده الموصى له باكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث وهذا ثلث ماله قوله والسعاية صورتها الوصية بالعتق بان يوصي بعتق هذين العبدين قيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما فان اجازت الورثة يعتقا جميعا وان لم تجز الورثة يعتقان من الثلث وثلث ماله الف الثلث للذي قيمته الف فيعتق منه هذا القدر مجانا وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم ويسعى في الباقي وهو الثلثان وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم والثلثان للذي قيمته الفان فيعتق منه هذا القدر بلا سعاية وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم ويسعى في الباقي وهو الف وثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فلو كان كسائر الوصايا وجب ان يسعى الذي قيمته الف في خمسمائة نصف قيمته والذي قيمته الفان في الف وخمسمائة ثلاثة ارباع قيمته لانه حينئذ لا يضرب الذي قيمته الفان الا بالالف فوجب ان يكون الثلث بينهما نصفين قوله والدراهم المرسلة اي المطلقة اذ الارسال والاطلاق بمعنى واحد يقال ارسل الشعر اي اطلقه صورتها ان يوصي لاحدهما بالف وللآخر بالفين وثلث ماله الف ولم تجز الورثة يكون الثلث بينهما اثلاثا فيضرب كل واحد منهما بقدر فللموصى له بالالف ثلثه ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وللموصى له بالفين ضعفه ستمائة وستة وستون وثلثان وقالا الاصل في هذا الباب رعاية غرض الموصي وقصده وقصد الموصي شيئان الاستحقاق والتفضيل وتفضيله على صاحب الثلث امتنع الاستحقاق لمانع ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في مواضع الاجماع له الاصل ان بطلان المتضمن يدل على بطلان ما في ضمنه والضرب يثبت في ضمن الاستحقاق فاذا بطل الاستحقاق لانه لم يصادف المحل لان محل نفاذ الوصية الثلث بطل ما في ضمنه ايضا بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فان قلت هذا فاسد بالخلاف فيما اذا اوصى بعتق انسان قيمته الف وبعتق انسان آخر قيمته الفان ولا مال له سواهما وهنا تصور تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة بان يظهر مال للميت فيخرج العبدان من الثلث قلت نعم ولكن صحتها بحسب التركة وعين التركة حق الورثة فكانت الوصية واقعة في حق الورثة الا ترى انه لا يصح الا بعد تمام ملكه في العين عند الوصية فيبطل بهلاكها وان استفاد مالا آخر بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة لانها صحيحة وان لم يكن في ملكه مال عند الوصية ولو هلكت التركة تنفذ فيما استفاد من المال فلم يكن متعلقة بعين ما يتعلق به حق الورثة قوله واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة وان اوصى بمثل نصيب ابنه فالوصية جائزة وقال زفر رحمه الله تجوز فيهما لان الكل ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير ولنا ان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف مثل

نصيب الابن لان مثل الشيء غيره وان كان يقدر به **قوله** ولو اوصى بسهم من ماله او بجزء من ماله
قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه يتناول القليل والكثير لكن الموصى به لا يمنع صحة الوصية والورثة
قائمون مقام الموصي فاليهم البيان وهذا الذي ذكرنا اختيار المشايخ بناء على ما عرفنا ان السهم كالجزء اما
اصل الرواية فبخلافه وذكر في المبسوط اذا اوصى لرجل بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة وهو سهام
المواء(?) الا ان يكون اخس السهام اكثر من السدس فلا يزاد عليه في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال في الجامع
الصغير اخس سهام الورثة الا ان يكون اقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس وعلى هذه الرواية الاصل جوز
ابو حنيفة رضي الله عنه النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة
على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ولا يعطى للموصى له اخس سهام الورثة الا ان يزيد على الثلث فحينئذ
له الثلث كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله في مبسوطه لهما ان السهم اسم لمقدر مجهول كالجزء فلا
معنى لتقديره بالسدس ثم جعلناه عبارة عن نصيب احد الورثة لان نصيب احد الشركاء عند القسمة
يسمى سهما وانما صرفنا الى الاخس لانه متيقن الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لان الوصية باكثر من الثلث
لا تصح عند عدم الاجازة وله ما روي ان ابن مسعود رضي الله عنه سئل عمن اوصى بسهم من ماله فقال له
السدس وروي ان رجلا اوصى بسهم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك بالسدس فاخذ ابو حنيفة رح
بهذا وصرف مطلق لفظ السهم في الوصية والاقرار الى السدس وقد قال جماعة من اهل اللغة منهم اياس بن
معاوية ان السهم السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة ايضا فيعطى له اقلهما **قوله** ومن قال
سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لانه عرف السدس بالاضافة ثم اعاده
فكان هو الاول لان المعرفة اذا اعيدت معرفة كان الثانية عين الاول يقول جاءني زيد ثم يقول اكرمت زيدا
اي ذلك بعينه **قوله** ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث
ما بقي من ماله فله كل ما بقي وقال زفر رحمه الله له ثلث ما بقي ولو اوصى بثلث ثيابه من رقيقه فان اسا(?) لم يكن
له الا ثلث الباقي عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما له كل هذا العدد بناء على مسئلة قسمة الرقيق
ولو اوصى بثلث شاته فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي
من الشاة قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة فان كانت الثياب من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم
وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانها يجري القسمة جبرا فيها والدور المختلفة كالثياب المختلفة عند ابي حنيفة
لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها والوجه في الخلافية ان المال كان مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا والاصل
ان المال المشترك اذا هلك شيء منه يهلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة فصار كالرقيق والدور والثياب
والفرق لعلمائنا ان ما يحتمل القسمة تسمية الجزء من الجملة وتسمية قدر منها سواء كالعشرة من عشرة اقفزة
حنطة والعشرة منها سواء ولولا ذلك لم يكن للقاضي حق الجبر في القسمة ولم يكن لرب الدين حق اخذ

الشريكين في درهم من في درهم واحد ولما صار للقاضي هذه الولاية ثبت ان الجزء من الجملة بمنزلة قدر منها
ولو سمى جزءا معينا بثلثه دراهم لوجب تسليم ما بقي لانه درهم ما سمى والمال المشترك اذا هلك يهلك على الشركة اذا استوى
الجانبان فاما اذا تقدم احدهما على الاخر فالهلاك ينصرف الى المؤخر حقه كما لو كان في التركة ديون ووصايا
وورثة ثم هلك بعض التركة ينصرف الى المؤخر حقه وهم اصحاب الوصايا والورثة لان الدين مقدم على الكل
وهنا الوصية مقدمة على الارث فينصرف الهلاك الى الارث اما الرقيق والثياب المختلفة والدور بخلاف الدراهم
في احتمال القسمة جبرا فلم يكن تسمية الشايع وتسمية العين سواء فصار الحق في كل واحد على الانفراد فاذا
هلك اثنان بطل فيهما وبقي الباقي فيحمل قولهما في الرقيق والدور لقول ابي حنيفة رضي الله عنه والثياب
لا تصح لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع ويدون ذلك بعد الجمع والاول اشبه للفقه الذي بينا
قوله ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له
لانه امكن ايصال كل مستحق الى حقه بلا بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء
من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الورثة فلو خصصناه بالعين لبخسنا حق
الورثة لان للعين مزية على الدين اذ العين مال مطلقا والدين مال في المآل لا في الحال فكان تعديل النظر
من الجانبين فيما قلنا **قوله** ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت وهو يعلم او لا يعلم
او قال لزيد وبكر ان كان حيا وهو ميت او لمن كان في هذا البيت وليس فيه احد او له ولعقبه او له ولولد
بكر فمات ولده قبل موت الموصي او له وللفقراء او لاولاده او لمن افتقر من ولده وفات شرطه عند موته فلزيد كله
في هذه الصورة لان المعدوم او الميت لا يصلح مستحقا فلم يثبت المزاحمة لزيد وصار كما لو اوصى لزيد
وحده وكذا العقب لان العقب من يعقبه بعد موته فيكون معدوما في الحال عن ابي يوسف رح
انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لانه اذا لم يعلم بموته فلم يرض للحي الا بنصف الثلث بخلاف
ما علم بموته لان الوصية وقعت لغوا فكان راضيا بالثلث كله للحي **قوله** وان قال ثلث مالي بين
زيد وعمرو وزيد ميت ومولى حي او فقير فمات وهو ميت او غني او له والبكر ان كان في البيت ولم يكن
فيه او له ولولد بكر يحدث له او كان فمات يحدث غيره او له ولولد فلان ليس فيقر(?) او فلم يفتقر واحتى
مات الموصي او له ولوارثه او لا بد لزيد وله ابن واحد ففي هذه الصور له نصف الثلث اما الاول فلان
كلمة بين يوجب التنصيف فلا يتكامل بعدم المزاحمة بخلاف قوله لفلان وفلان لان العطف يقتضي
المساواة في الحكم المذكور والمذكور وصيته بكل الثلث والتنصيف بحكم المزاحمة فاذا زالت المزاحمة يتكامل
الا ترى انه لو قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق
الثلث واما الثاني والثالث فلان الوصية صحت لهما وثبت المزاحمة لان ذكر المعلوم فيدخل تحت
الوصية وفوات الاستحقاق لفقد الشرط فلا يتكامل وصية الاخر واما الرابع فلان الولد غير محل

معنى وجوده عند الموت فكان الثلث بينه وبين ولد بكر واما الخامس صحت لهم وانما فات شرط الاستحقاق
فلا يكمل وصية الاخر واما السادس وهو لو يوصي لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وبطلت
للوارث فلان الوصية اضيفت الى ما يملك والى ما لا يملك فصح فيما يملك وبطلت فيما لا يملك بخلاف ما اذا
اوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي لان الميت ليس من اهل الوصية فلا يزاحم الحي فكان الكل للحي اما الوارث
فمن اهل الوصية حتى لو اجازت الورثة جازت فيزاحم الاجنبي وعلى هذا اذا اوصى لقاتله ولاجنبي وهذا بخلاف
ما اذا اقر المريض لوارثه ولاجنبي بعين او دين فانه باطل كله عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف
بكل حال لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فيصح في حق من يستحق منهما ولا يصح في حق
من لا يستحق منهما ولا يلزم من بطلان بعض الحكم بطلان الايجاب كما اذا اوصى لرجلين ورد احدهما وقبله
الاخر اما الاقرار فاخبار عن امر كائن وقد اخبر بوصف الشركة فيما مضى فلو ثبت بدون هذا الوصف
لثبت على خلاف ما اخبر به فيكون الزاما على المقر غير ما اقر به فبطل واما السابع فلان هذا الاسم لا
يطلق على الواحد فكانه قال بين فلان وفلان احدهما ميت قوله ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له
او اوصى بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل الى اخر ما ذكر في المتن ظاهر قوله
ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما قال من مالي دل ان غرضه الوصية بمالية
الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال لو اوصى بشاة ولم يقل من مالي ولا غنم له قيل لا يصح لانه لما لم يقل
من مالي دل ان غرضه صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة ولا شاة له ان غرضه المالية
ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له بطلت الوصية لانه لما قال من غنمي ان غرضه عين الشاة حتى جعلها جزء
من الغنم وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قوله ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء
والمساكين فلهن ثلثة من خمسة اسهم وسهم للفقراء وسهم للمساكين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رضي الله عنهما وعند محمد يقسم على سبعة اسهم للفقراء سهمان وللمساكين سهمان ولامهات الاولاد
ثلثة اسهم اصله ان الوصية للفقراء او المساكين يتناول الواحد منهم عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي
لان اسم الجنس يتناول الواحد ويحتمل الكل قال تعالى لا يحل لك النساء من بعد وقد تعذر صرفه الى الكل
فيعني الواحد وعند محمد رح يتناول الجمع وادناه اثنان فصاعدا في الوصايا والوصية لامهات الاولاد
جائزة لانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وهن بعد الموت حرائر وايهما اي الفقراء والمساكين جنسان
بدليل عطف احدهما على الاخر في النص فيقتضي المغايرة فيصير عدد المستحقين خمسة عندهما وعنده سبعة
قوله ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين الى اخره ظاهر المتن قوله ومن اوصى لرجل بمائة
درهم ولاخر بمائة درهم ثم قال لاخر قد اشركتك او ادخلتك معه فالثلث لهما وان اوصى بمائة لرجل ولاخر
بمائة ثم قال لاخر اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان مطلق الشركة للمساواة قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث

وقد امكن فيما قلنا اما في الاول فظاهر وكذا في الثاني لانه يصيب كل واحد ما به قوله ومن قال
لفلان علي دين فصدقوه يعني من حضره الموت قال للورثة لفلان علي دين فصدقوه فيما قال ثم مات
فانه يصدق الى الثلث اي اذا ادعى الدين اكثر من الثلث وكذبه الورثة وهذا استحسان والقياس
ان لا يصدق لانه امرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعي بلا حجة فلان قوله لفلان علي دين اقرار
بالمجهول والاقرار بالمجهول لو كان صحيحا ولكنه لا يحكم به الا بالبيان وقد فات وجه الاستحسان انه
سلطه على ماله بما اوصى وهو يملك هذا التسليط بقدر الثلث بان يوجب له ابتداء فيصح تسليطه
ايضا بالاقرار له بدين مجهول المقدار قد يحتاج الى ذلك بان يعرف اصل الحق عليه ولا يعرف قدره فيسعى
في فكاك رقبته بهذا الطريق فيجعل وصية في حق التنفيذ وان كان دينا في حق المستحق وجعل التقدير
فيها الى الموصى له فلهذا صدق الى الثلث دون الزيادة قوله وان اوصى بوصايا غير ذلك اي لو
اوصى بوصايا مع ذلك عزل الثلث لاصحاب الوصايا فصدقوه فيما شئتم وقيل للورثة صدقوه فيما
شئتم وما بقي من الثلث فهو لاصحاب الوصايا بالاستقراء كيف صاحب الدين وانما عزل الثلث والثلثان
لان الوصايا حقوق معلومة في الثلث والميراث معلوم في الثلثين وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية
معلومة فلا يزاحم المعلوم فقدمنا عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهي ان احد الفريقين قد
يكون اعرف بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر الد خصاما وربما يختلفون في الفضل اذا ادعاه
الخصم فاذا افرزنا وقد علمنا ان في التركة دينا شائعا في كل التركة فلو امر اصحاب الوصايا والورثة
ببيانه فاذا بينوا شيئا اخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا وتنفيذ اقرار
كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهم اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه
يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قوله ومن اوصى لاجنبي ولوارثه الى اخره مر مع تعاريجه
قوله ومن كان له ثلثة اثواب فقال اوصيت لفلان بهذا الثوب الجيد ولفلان بهذا الثوب
الوسط ولفلان بهذا الثوب الردي ثم مات الموصي ثم ضاع ثوب لم يدر ايها هو وجحد الورثة
بطلت الوصية معنى جحودهم ان يقولوا لكل واحد بعينه اذا طلب ثوبه الثوب الذي هو حقك قد
هلك فصار الموصى له مجهولا لم يدر من هو وجهالة الموصى له تمنع صحة الوصية كما لو اوصى لاحد
هذين الرجلين فكذا هذا الا ان قالت الورثة سلمنا لكم هذين الثوبين فاقتسموهما بينكم صحت
لان الوصية قد كانت صحيحة وانما بطلت لجهالة طارية توجب المنازعة وهي تحتمل الزوال
بالتسليم اليهم فاذا سلموا صحت الوصايا فكان لصاحب الجيد ثلثا الجيد ولصاحب الردي لصاحب
الوسط ثلث الجيد وثلث الردي لانا انما نقسم الثوبان بينهم على هذا الوجه وهو ان ياخذ
كل واحد منهم ثلثي الثوب انما نعني حق صاحب الجيد في الجيد لانه لا حق له في الردي بيقين لاحتمال

ان يكون حقه في الجيد بان كان هو الجيد الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الصالح بان كان هو الاجود فكان سعد
وصيته في محل يحتمل ان يكون حقه اولى انما تعين حق صاحب الردي في الردي لانه لا حق له في الجيد بيقين
ويحتمل ان يكون حقه في الردي بان كان هو الردي الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الصالح بان كان هو الاردى
فكان سعد وصيته من محل يحتمل ان يكون حقه اولى انما تعين حق الاخر في ذلك كل واحد من البيتين لانه لما اخذ
صاحب الجيد بالجيد وصاحب الردي بالردي لم يبق الا بيت كل واحد منهما فقد تعين حقه في ذلك ضرورة
ولانه يحتمل ان يكون حقه في الجيد بان كان هو الصالح هو الاجود فيكون هذا وسطا ويحتمل ان يكون في الردي
بان كان الصالح اردى فيكون هذا وسطا وكان سعد وصيته في محل يحتمل ان يكون حقه كذا قرره صاحب المتن
في شرحه للجامع الصغير **قوله** واذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها
تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وعند محمد رح
نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح نصف البيت له انه اوصى ببيت مشترك وكانت وصيته فيما يملك وفيما لا يملك فصحت فيما يملك
وبطلت فيما لا يملك ثم لم يصح بحدوث ملكه فيه كما اذا اوصى بدار غيره ثم ملكها ثم مات فان الوصية باطلة وهذا لانه
حين اوصى بالبيت لم يكن له الا نصفه فاما النصف الاخر فانما ملكه بالقسمة عوضا عما تركه على شريكه ثم
اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي نفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع
في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالعبد الموصى به
اذا قتل بعد موت الموصي ثم غرم القاتل القيمة تنفذ الوصية في بدله بخلاف ما بيع العبد الموصى به حيث
لا يتعلق الوصية بثمنه لان الاقدام على البيع دليل الرجوع فيبطل الوصية بالقسمة ولهما ان الايجاب تناول
ملكه على الاحتمال فيصح وهذا لان القسمة افراز ويتعين الملك فيما لا يتفاوت بغير قضاء وفيما يتفاوت
بالقضاء فاذا وقع البيت في نصيبه كان عين حقه فينفذ اعتاقه في ذلك ولما صار البيت اذا وقع في قسمه
عين حقه صار مثل ذرعانه حقا له اذا لم يقع في قسمه لانه عوضه كما ذكرنا ولان غرض الموصي من ذكر البيت
التقدير به تصحيحا لتصرفه ما امكن فان قلت لو كان ذكر البيت للتقدير لما تعين عليه دفع البيت اذا وقع
في نصيبه قلت انما تعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الاخر
عملنا بالتقدير على انه اراد التقدير لو وقع في نصيب صاحبه والتمليك بعينه ان وقع في نصيبه وهذا كمن
علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فان المراد في حق الطلاق مطلق الولد وفي حق العتق الولد الحي
ثم اذا اقتسما ووقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين
الموصى له والورثة عند محمد على عشرة اسهم سهم للموصى له وتسعة للورثة فيضرب الموصى له بخمسة اذرع
نصف البيت والورثة بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة اسهم

اسهم وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الايجاب يتناول البيت وهو عشرة اذرع ومتى يعطيه العشرة
من مائة بقي خمسة وخمسين فيجعل كل خمسة سهما فيصير احد عشر سهما فيضرب الموصى له بالعشرة وهم بخمسة
واربعين فللموصى له سهمان ولهم تسعة **قوله** ولو كان مكان الوصية اقرار بيت بعينه قيل هو على هذا
الخلاف والاصح انه على الاتفاق لانه وضع المسئلة في كتاب الاقرار في الاقرار ببيت بعينه واجاب بمثل
قول ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما من غير خلاف والفرق لمحمد ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى لو اقر
بالا يملك ثم ملكه صح وامر بالتسليم الى المقر له اما الوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه ثم مات الموصي
لا تصح وصيته ولا تنفذ **قوله** ومن اوصى من مال لرجل لاخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي
فان دفعه فهو جائز وله ان يمتنع من التسليم بعد الاجازة لان العقد الموقوف اذا لحقته الاجازة صار مضافا
الى المجيز وصار العاقد وكيلا له فاذا اضيف اليه صار ذلك هبة منه ومتى وهب شيئا له ان يمتنع من التسليم
بخلاف ما اذا اوصى باكثر من الثلث ثم اجازت الورثة فانه ليس لهم ان يمتنعوا من التسليم بعدها لان
صارت الوصية من المالك مضافة الى محلها وانما التوقف لحق الورثة فاذا اجازوا فقد اسقطوا حقهم فيسلم
المال للموصى له بالوصية من جهة الموصي وهنا الوصية لم تصادف محلها لان محلها ملك الموصي لا ملك غيره
فكان هبة موقوفة على اجازة المالك وعند الاجازة يجعل كالمباشرة لها **قوله** واذا اقتسم الابنان تركة الاب
الف ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده استحسانا وقال زفر رضي الله عنه
يعطيه نصف ما في يده قياسا لانه يقول له انك اقررت ان المال بيننا اثلاث وكان حقي وحقك سواء فيجب ان يكون لي
نصف ما في يدك ولنا انه اقر له بثلث شائع في كل التركة فكان مقرا له بثلث كل جزء من التركة فيلزمه ثلث
ذلك ولا يلزمه اكثر من ذلك لانه لو اخذ منه نصف ما في يده لا يزداد حقه على الثلث لانه ربما يقر الابن الاخر به
ايضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة وهذا بخلاف ما لو اقر احدهما بدين لغيره فانه يعطيه كل ما في يده
اذا كان الدين مستغرقا لما في يده لان الدين مقدم على الميراث فيقدم وان زاد الدين احق منه بما في يده اما
الموصى له فشريك الوارث فصار مقرا بانه شريك وشريك اخيه في الثلث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للوارث
مثلاه ولو كان البنون ثلثة والتركة ثلثة الاف فاقتسموها فجاء رجل فادعى ان الميت اوصى بثلث ماله وصدقه
واحد منهم فانه يعطيه عند زفر رحمه الله ثلثه اخماس ما في يده لانه في زعمه ان ثلث كل التركة له والثلثان بين
البنين اثلاثا فيحتاج الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث واقله تسعة ثلثه وهو ثلاثة للموصى له بالثلث والباقي
وهو ستة بين البنين اثلاثا لكل ابن سهمان وقد اقر للموصى له بالثلث ثلثة اسهم وللمقر سهمان فيقسم ما في يده
بينهما على هذه السهام فصار خمسة للموصى له بالثلث ثلثه وله اسهمان وعندنا يعطيه ثلث ما في يده لما مر **قوله**
ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا قبل القسمة وكلاهما يخرجان من ثلث ماله فهما للموصى له
لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت ولدا قبل القسمة والتركة

قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت بدليل انه ينفذ وصاياه ويقضي ديونه فدخل في الوصية كأنه أوجب
فيهما الوصية فكانا للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ينفذ وصيته أولا من الأم ثم من الولد وعندهما ينفذ
منهما على السواء وصورته رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلاثمائة درهم فأوصى لرجل بالأمة ثم مات فولدت
الأمة ولدا يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الأمة وثلث ولدها عنده وعندهما ثلث الأمة وثلثا
الولد لأن الوصية تسري إلى الزوائد الحادثة قبل القسمة بالاجماع لكون التركة باقية على ملك الميت وإذا
ثبت السراية صار كأن الوصية وقعت بهما فوجب تنفيذ الوصية في ثلث كل واحد منهما ولأبي حنيفة رضي الله عنه
أن الأم أصل والولد تابع ولا يجوز نقض الأصل بالتبع وفي جعل الولد شريكا معها نقض بعض الوصية في الأم
فلا يجوز بخلاف البيع والعتق لأن نفاذ البيع والعتق في الولد لا ينقض شيئا في الأصل بل يبقى تاما صحيحا إلا أنه
يسقط بعض الثمن عن الأصل ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض وذلك جائز لا بأس به لأن الثمن تبع
حتى لا يشترط وجوده عند البيع ويفسد البيع بترك ذكره وإن كان ثابتا هذا إذا ولدت قبل القسمة
وقبل قبول الموصى له فإن ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له لأن التركة بالقسمة خرجت
عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري
انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة
ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وإن ولدت قبل موت
الموصي لم يدخل تحت الوصية وبقي على حكم ملك الميت لأنه لم يدخل تحت الوصية قصدا ولا سراية والكسب
كالولد في جميع ما ذكرنا

فصل في اعتبار حالة الوصية

الأصل في هذا الفصل أن المعتبر في كون
الموصى له وارثا أو غير وارث جواز الوصية وفسادها يعتبر يوم الموت لا يوم الوصية وفي الإقرار يعتبر
كون المقر له وارثا أو غير وارث يوم الإقرار جوازه وفساده **قوله** وإن أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى
لها بشيء أو وهب ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار عندنا خلافا لزفر رحمه الله وبطل الوصية والهبة لأن المعتبر
في الإقرار كون المقر له وارثا أو غير وارث يوم الإقرار وهي أجنبية عنده وهذا لأن الإقرار ملزم بنفسه
ويصح على سبيل التجارة دون الوصايا ولا يتوقف على الموت فلم يبطل بالنكاح الحادث ولهذا يعتبر
من كل المال ولا يبطل بالدين إذا كان في حال الصحة أو في حال المرض إلا أن الثاني يؤخر عنه والمعتبر في الوصية
يوم الموت لأنها إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت وهي وارثة حينئذ والوصية للوارث باطلة وأما الهبة
وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما لأنها وقعت موقع الوصايا لأنها تبرع يتقرر
حكمه عند الموت ألا ترى أنه إن وهب عبدا في مرض موته لأجنبي وهو كل ماله وسلم صحت وصار ملكا
للموهوب له ثم إذا مات من ذلك المرض وجب النقض في الثلثين حقا للورثة وفي الكل حقا للغرماء وصار
كالمتعلق بالموت **قوله** وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له وسلم أو أوصى له

فأسلم الابن أو أعتق قبل موته بطل ذلك كله أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت فأما الإقرار
وإن كان ملزما بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيورث تهمة الإيثار فصار
باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا أو لأن ذلك كمن أقر لأخيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والأخ المقر له
وارث فإنه باطل لما قلنا وهذا بخلاف النكاح لأن سبب الإرث لم يوجد وقت الإقرار حتى لو كانت الزوجية
قائمة وقت الإقرار والمرأة نصرانية فأسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لوجود السبب زمان الإقرار
وكذا لو كان الابن مكاتبا لما بينا **قوله** ذكر في كتاب الإقرار إذا لم يكن عليه دين يصح لأنه يصير كأنه أقر لمولاه
وهو أجنبي عنه وإن كان عليه دين لا يصح لأن الإقرار له وهبته والوصية باطلة لما مر أن المعتبر فيهما وقت
الموت وأما الهبة فتصح في رواية لأنها تملك في الحال وهو رقيق في الحال وفي عامة الروايات لا تصح لأنها
في مرض الموت بمنزلة الوصية **قوله** والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك فصار
بحال لا يخاف منه الموت فهو كالصحيح حتى تصح هبته من جميع المال لأنه إذا تطاول وقدروه بسنة صار بمنزلة
طبع من طبائعه وخرج عن أحكام المرض حتى لا يشتغل بالتداوي وهذا لأن مرض الموت ما يكون سبب الموت
وإنما يكون إذا كان بحيث يزداد حالا فحالا إلى أن يكون آخره الموت فأما إذا استحكم وصار بحيث لا يزداد بعده
فلا يكون سببا للموت وصار صاحبه في التصرف بمنزلة الصحيح فلو صار صاحب فراش بعده صار بمنزلة حدوث
المرض وأما في أول ما أصابه إذا مات من ذلك في تلك الأيام وقد صار به صاحب فراش فهو مرض يخاف منه الهلاك
ولهذا يتداوى فكان مرض الموت فيعتبر هبته من الثلث

باب العتق في المرض

قوله ومن أعتق عبدا في مرضه أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به
مع أصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية والمراد أنه وصية في حق الاعتبار من الثلث في مزاحمة
أصحاب الوصايا وهذا منجز قبل الموت واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذا ما ابتدأ المريض إيجابه
على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لأنه تبرع ابتداء كالهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث
وإن أوجبه في حال صحته إذ المعتبر حالة الإضافة لا حالة العقد وما نفذه من التصرف كالإعتاق والهبة فالمعتبر
فيه حال العقد فإن كان صحيحا فهو من كل المال وإن كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض صح منه فهو
كحال الصحة لأن حق الوارث والغريم إنما يتعلق بماله في مرض الموت وبالبرء ظهر أنه ليس بمرض الموت
ولم يسع العبد إن أجازت الورثة حتى لو ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان أعتقه في
مرضه فأجاز الوارثان العتق لم يسع في شيء لأن العتق في مرض الموت وصية وقد وقعت بأكثر من الثلث
ولكنها تجوز بإجازة الورثة لأن المنع لحقهم **قوله** فإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند
أبي حنيفة رضي الله عنه وإن أعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق أولى في المسألتين قال زفر رحمه الله الأول
أولى فيهما والأصل أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل واحد من أصحابها يضرب بجميع وصيته

في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح
بخلاف ما لو قال إن تحرر بعد موتي بيوم فإنه ليس من العتق الذي يبدأ به والمحاباة في البيع إذا وقعت
في المرض وذلك لأن الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق
وإنما قدم العتق الذي ذكرناه لأنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ وكان العتق أقوى
وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي لأنها ثبتت في ضمن المعاوضة ومن قصد المعاوضة اللزوم
فلزمت الوصية التي في ضمنها فصارت بمنزلة العتق وإذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه
سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم بعضهم على بعض لهم وقال أبو حنيفة رضي الله عنه إن لكل منهما نوع قوة فالعتق لا يحتمل
الفسخ والمحاباة تجارة فيبدأ بما بدأ به ولهما أن العتق لا يحتمل الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ فكان
العتق أقوى فيبدأ به ولا معتبر بالتقديم في الذكر لأن التقديم في الذكر لا يوجب تقدما في الثبوت لأن زمان
التنفيذ بعد الموت والكل يقع معا ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن المحاباة أقوى من العتق لأنها ثبتت
في ضمن المعاوضة فكانت تبرعا معنى لا صيغة والإعتاق تبرع صيغة ومعنى فإذا وجدت المحاباة أولا
دفعت الأضعف وإذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الرفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا الأصل
قال أبو حنيفة رضي الله عنه إذا أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة فما أصاب
العتق قسم بينه وبين العتق الثاني ولو حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما
في الجهة ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لتقدمه عليها فاستويا وعندهما العتق أولى بكل حال
قلت ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحاباة الأولى عنده لأن المحاباة الثانية مساوية للعتق والمحاباة الأولى
راجحة على العتق والمساوي للمرجوح مرجوح وكذا في المسألة التي قبلها ينبغي أن لا يساوي العتق الثاني العتق
الأول عنده لأن العتق الأول يساوي المحاباة والمحاباة راجحة على العتق الثاني والمساوي للراجح راجح وقد
لا يترجح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة بالإجماع إذا لم يكن الغير متخللا فكذا إذا تخلل الغير قوله
ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رضي الله عنه
وقالا يعتق عنه بما بقي ولو أوصى بأن يشترى بكل ماله عبد فيعتق عنه ولم يجز الورثة بطلت عنده أيضا
وقالا يشترى بالثلث ولو أوصى بأن يشترى له عبد بألف وزاد الألف على الثلث بطلت عنده وقالا يشترى
بالثلث عبد ويعتق وإن أوصى بأن يحج عنه بهذه المائة فهلك منها درهم يحج عنه بما بقي حيث يبلغ
وإن لم يهلك شيء وحج بها فإن بقي شيء منه يرد على الورثة لهما أنه وصية بنوع قربة وهو العتق فينفذ ما
أمكن كما لو أوصى بأن يحج عنه بكل ماله ولم يجز الورثة أو قال بمائة وثلث ماله لا يبلغ مائة ولم يجيزوا
وله أن الوصية إذا وجبت لمستحق لم يصح تنفيذها لغيره وهنا أوصى للعتق لعبد يشترى بمائة
فلم يصح تنفيذها في عبد يشترى بأقل منه لأنه غير الأول وكان فيه تنفيذ الوصية لغير الموصى له وفي الحج

بخلاف الوصية بالحج لأن المستحق للحج لم يتبدل لأنها قربة محضة هي حق الله فلم تبطل الوصية كما لو أوصى
لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه وأصله أن العتق عنده حق المملوك حتى لم تقبل الشهادة
على العتق بغير دعوى واختلف المستحق ضرورة وعندهما العتق حق الله تعالى حتى تقبل الشهادة
على العتق بغير دعوى فلم يعتبر العبد الموصى له بل اعتبر صاحب الشرع موصى له فلم يتبدل المستحق
فإن بقي شيء رد على الورثة لأن التركة حق الورثة إلا ما اشتغل بحق الوصية ولو أوصى بأن يحج عنه
من ثلثه فقيل له إن ثلث مالك لا يفي به فقال اقسموا به في الحج بجارته في الحج على الفقراء لأن اللفظ
يدل عليه لأن الإعانة إنما تكون للفقراء المحتاج قوله ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد
جناية ودفع بها بطلت الوصية وإن فداه الورثة كان الفداء في مالهم وانفذوا الوصية والأصل
أن الإيصاء بالإعتاق لا يبطل ملك الورثة فإن شاؤوا دفعوه وإن شاؤوا فدوه فإن دفعوه صح الدفع
لأن حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذا يتقدم على متلقي الملك من المالك وهو الموصى له وبطلت
الوصية لأن الدفع يبطل حق المالك لو كان حيا فكذا يبطل حق من يتلقى من جهته الملك أو الموصي لو باعه
أو بيع بعد موته بسبب الدين يبطل الوصية فكذا هاهنا وإن اختاروا الفداء كأنه لم يجن فينفذ
الوصية قوله ومن أوصى بثلث ماله لآخر اعلم أنه لو أوصى بثلث ماله لزيد ثم مات وترك عبدا وأقر
وارثا فقال الموصى له أعتقه في صحته وقال الوارث أعتقه في مرضه فالقول للوارث ولا شيء للموصى له
إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له بينة أن العتق في الصحة لأن الوارث ينكرون حق الموصى له لأنه يقول
العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض يقدم في التنفيذ على الوصية بثلث المال والموصى له يدعي استحقاق
ثلث ما بقي من التركة بعد العتق ولأن الإعتاق لم يكن وصية لأن العتق في الصحة لا يكون وصية حتى ينفذ
من كل المال والقول للمنكر مع اليمين ولأن العتق من الحوادث فيحكم بحدوثه من أقرب الأوقات للتيقن بها
وأقرب الأوقات هنا وقت المرض وكان الظاهر شاهدا للوارث فكان القول قوله مع اليمين إلا أن
يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لأنه لا مزاحم له أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لأن الثابت
بالبينة بمنزلة الثابت بالمعاينة ثم البينة إنما تقبل عن خصم والعتق حق العبد وهو لكنه خصم
في إقامتها لإثبات حقه قوله ومن ترك عبدا اعلم أن من مات وترك ابنا وعبدا فقال رجل لي على أبيك
ألف دين وقال العبد أعتقني أبوك في صحته فقال الابن صدقتما يسعى العبد في قيمته ويدفع القيمة
إلى الغريم وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لأن العتق والدين ظهرا معا
بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كأنهما ثبتا بالبينة ومن أعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين
لم يسع العبد في شيء فهذا مثله ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الإقرار بالدين أقوى لأنه يعتبر من كل المال
في جميع الأحوال وهو ليس بوصية من المريض والإقرار بالعتق في المرض بمنزلة الوصية حتى اعتبر من الثلث

والاقوى يدفع الادنى فيصير ان يبطل التبرع اصلا الا ان الخلق بعد الوقوع لا يحتمل الاسقاط فقضيناه معنى بايجاب السعاية لان اسناد العتق الى الصحة انما يصح اذا لم يوجد شغل الدين وقد قارنه شغل الدين هنا فمنع الاسناد فوجب رده بالسعاية قوله وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ابنا والف درهم فقال الرجل لي على الميت الف درهم وقال رجل آخر هذا الالف التي تركه ابوك كان وديعة لي عنده وقال الابن صدقتما فعنده الالف بينهما نصفان لانه لم يظهر الوديعة الا والدين ظاهر معها فتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة وقالا الوديعة احق لانها ثبتت في عين الالف والدين يثبت في الذمة ولا يتعلق الى العين فكانت اسبق فكان صاحبها احق كما لو كان المورث حيا فقال صدقتما بخلاف ما قلنا الاقرار من الوارث بالدين يتناول التركة لا الذمة فوقعا معا بخلاف المورث وذكر في المبسوط عنده الوديعة اقوى وعندهما سواء والاصح ما ذكرنا اولا وبه نطق شروح الجامع الصغير وشروح المنظومة

فصل قوله ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الاصل ان يبدأ بالاهم والفريضة اهم من النفل وان تساوت في القوة بدئ بما بدأ به الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان انه يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص ولو نص على تقديم ما بدأ به لزمنا تقديمه كذا هنا واختلف الرواية عن ابي يوسف في الحج والزكوة ففي احدى الروايتين بدأ بالحج وفي الاخرى لان الحج يتأدى بالبدن والمال والزكوة بالمال فكان الحج اقوى فبدأ به وروي عنه تقدم عليه الزكوة بكل حال لان الفقير في العين ثابت وكان ممتزجا بالحق والحج محض حق الله تعالى وكانت الزكوة اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لرجحانهما عليها فقد جاء فيهما الوعيد ما لم يأت في الكفارات قال الله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين وقال والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم وغير ذلك من الاحاديث الواردة فيهما والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بالكتاب وصدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في وجوب الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض كالنذر يقدم على الاضحية لان النذر ثابت بالكتاب دونها وما ليس بواجب يقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وان كان مع شيء من هذه الوصايا الثابتة حقا لله تعالى وصية الادمي بان قال ثلث مالي في الحج والزكوة والكفارات ولزيد قسم على اربعة اسهم بعدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة ثم ما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرنا لان كل جهة من هذه غير الجهة الاخرى في المقصود وان كان متحدا وهو القربة ولكن كل قربة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الادميين قوله ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما كان واجبا عليه ويحج راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه اوصى بالحج بصفة وقد عدمت وجه الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فننفذها ما امكن قوله ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة وزفر رضي الله عنهما وعند ابي يوسف ومحمد رضي الله عنهما يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وقد وقع اجره على الله لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله الآية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كانه من اهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج للتجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان عمله قد انقطع بموته لقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة والخروج الى الحج ليس من الثلاثة وانما على المنقطع وظهر بموته ان سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان هذا في المعنى وخروج التجارة سواء وعنده يحج عنه من بلده وههنا كلام ذكرناه في الكفاية تم والله اعلم

باب الوصية للاقارب

قوله واوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وزفر رضي الله عنهما وهذا قياس لان الجار عند الاطلاق انما يطلق على الجار الملاصق لانه من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة وقال النبي صلعم الجار احق بسقبه والمراد هو الملاصق ولانه يتعذر صرفه الى الجميع الا ترى انه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية فصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وفي الاستحسان وهو قولهما الوصية لكل من يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة لان الكل يسمى جيرانا عرفا قال النبي صلى الله عليه وسلم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره لكل من سمع النداء ولان المقصود البر وبر الجار المختص بالملاصق بل بر العامل مقصود وبر الملاصق اكثر انه لا بد من نوع اختلاط فاذا جمعهم مسجد واحد فقد وجد الاختلاط الا ان عليا رضي الله عنه فسر الحديث بمن يجمعهم مسجد واحد وقال الشافعي الجار الى اربعين دارا لقوله صلعم حق الجار اربعون دارا هكذا وهكذا قلنا هذا الخبر ضعيف وقد طعنوا في روايته ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي والصغير والكبير لاطلاق اسم الجار ولا يدخل فيه العبد والاماء والماذون وامهات الاولاد لانه لا جوار لهم لانهم اتباع في السكنى والمكاتب يدخل كذا ذكر في الزيادات والمحيط من غير ذكر الخلاف وذكر في المبسوط خلافه العبد الساكن عنده اي عند ابي حنيفة رضي الله عنه لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قوله ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لانه صلعم لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله عليه وسلم وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه

لان الكل اصهار **قوله** ولو مات الموصي اعلم انه انما يدخل تحت الوصية من كان صهرا للموصي يوم موته بان كانت
المراة منكوحة له عند الموت ويعتد بعده بطلاق رجعي لان المعتبر حالة الموت حتى لو مات الموصي والمراة
في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية لان الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح وان كانت في عدة
من طلاق بائن لا يستحقها لان انقطاع النكاح يوجب انقطاع الصهر **قوله** ومن اوصى الى اختانه
فالوصية لكل زوج ذات رحم محرم منه كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات وكذا كل ذي رحم
محرم من ازواج هؤلاء كذا ذكر محمد رح لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج
المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يشمل الكل **قوله** ومن اوصى لاقاربه اعلم انه
لو اوصى لاقاربه او لذوي قرابته او لذي ارحامه او لذي انسابه فهو عند ابي حنيفة رضي الله عنه الاقرب
فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ان الجد وولد الولد لا يدخل لا يدخل فيه الولدان وولد الولد والوارث ويكون للاثنين فصاعدا
ويستوي فيه الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر وعندهما يدخل في الوصية
كل من ينسب اليه من قبل الاب ومن قبل الام الى اقصى اب له في الاسلام يستوي فيه الاقرب والابعد والواحد
والجمع والمسلم والكافر وهل يشترط اسلام الاقصى او لا قيل يشترط الاسلام وقيل لا يشترط ولكن
يشترط ادراكه الاسلام حتى لو اوصى علوي لذوي قرابته فمن شرط الاسلام صرف الوصية الى اولاد علي رضي
لا الى اولاد ابي طالب ومن لم يشترط يصرفه الى اولاد ابي طالب فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر رضي الله عنهما
ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام فهما اعتبرا حقيقة اللفظ لان اسم القريب يتناول
الكل ولكن الوصية اخت الميراث في الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب فكذا هنا والجمع المذكور في الميراث اثنان
فكذا في الوصية وانما اعتبر المحرمية لان المقصود من الوصية صلة القريب فيختص بها من يستحق الصلة من قرابته
ولا يدخل الوالد والولد لانه لا يطلق عليهما اسم القريب ومن سمى والده قريبا كان عاقا وهذا لان القريب
في العرف من يتقرب الى غيره بواسطة ويتقرب الوالد والولد بنفسهما لا بغيرهما والدليل عليه قوله تعالى
الوصية للوالدين والاقربين عطف الاقربين على الوالدين والمعطوف غير المعطوف عليه فيصح بهما الاحتجاج
بظاهر اللفظ وقد انعقد الاجماع على تركه وعنده يصرف لما بيننا وعندهما ما قضى اب له في الاسلام وعند الشافعي
بالاقرب الادنى فالحاصل انهم اتفقوا على اشتراط القرابة وعدم الوراثة وان لا يكون فيه الوالد والولد واختلفوا
في اعتبار الجمعية والمحرمية والاقرب فالاقرب فعلى قول هو بلا خلاف كذا في الزيادات والمبسوط والايضاح والاسرار
والمتن وذكر في المبسوط لشمس الائمة السرخسي وشروح المنظومة ان الاختلاف في المحرمية واعتبار الاقرب
فالاقرب بحسب غيره من الاوصاف معتبرا اجماعا **قوله** واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية
للعمين عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه يعتبر الاقرب فالاقرب كما في الارث وعندهما يقسم بينهم ارباعا لان اسم

العم يتناولهم ولا يعتبر الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار
معنى الجمع واقله اثنان في الوصية والارث فيكون للواحد النصف وبقي النصف الاخر لا يستحقه اقرب من الخالين
وكان لهما ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيننا ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة على
السواء لاستواء قرابتهما وقرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤلة والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية
كما كان العم رقيقا او كافرا **قوله** ولو انعدم المحرم بطلت الوصية في هذه المسائل عند ابي حنيفة رضي الله عنه
لان الوصية عنده لذي الرحم المحرم فاذا لم يكن للموصي ذو رحم محرم كانت الوصية للمعدوم والوصية
للمعدوم باطلة ولو اوصى لذي قرابته لا يشترط فيه الجمع لاستحقاق الكل حتى لو كان له عم وخالان فكله للعم
عنده لان اللفظ للفرد فيحرز العم كلها لانه اقرب **قوله** ومن اوصى لاهل فلان فالوصية لزوجته لانها المراد به هل م
لغة وعرفا قال الله تعالى اخبارا قال لاهله اي لامراته وسار باهله اي بزوجه وعندهما هم كل من في عياله ونفقته اعتبارا
للعرف قال الله تعالى فَنَجَّيْنَاهُ وَأَهْلَهُ إِلَّا امْرَأَتَهُ والمراد من كان في عياله **قوله** ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه
او لاهل بيته او لاله يدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل ابائه الى اقصى اب له في الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى
والمسلم والكافر والصغير والكبير سواء ولا يدخل فيه اولاد البنات واولاد الاخوات ولا احد من قرابة ام
الموصي لانهم لا ينسبون الى اب الموصي الاكبر وانما ينسبون الى ابائهم وكانوا من جنس اخر ومن اهل بيت اخر لان
النسب يعتبر من الاباء والاب الاكبر لو كان حيا لا يدخل تحت الوصية لان هذه الوصية للمضاف لا للمضاف اليه
ولو اوصت المراة لجنسها او لاهل بيتها لا يدخل ولدها لان ولدها ينسب الى ابيه لا الى ابيها الاكبر الا ان يكون
ابوه من قومها **قوله** ومن اوصى لايتام بني فلان اعلم انه لو اوصى ليتامى بني فلان او لاراملهم او لعميانهم
او لزمناهم ان كانوا قوما يحصون فالوصية لفقرائهم واغنيائهم وذكورهم واناثهم لان الوصية تمليك وامكن
تحقيق معنى التمليك في حقهم وان كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم والاصل ان الوصية اذا وقعت باسم
ينبئ عن الحاجة كانت واقعة لله تعالى فيصح وان كانوا لا يحصون لانه معلوم وان كان لا ينبئ عن الحاجة فان كانوا
يحصون صحت الوصية والا بطلت ثم هذه الاسامي تنبئ عن الحاجة اما اليتيم والعمى والزمانة فظاهر وكذا الارامل
لانها جمع الارملة وهي المراة التي مات زوجها وهي مفتقرة فامكن حملها على الفقراء تصحيحا للوصية
قوله بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان او لايامى بني فلان او لثيبهم او لابكارهم حيث لو كانوا يحصون
والا فلا يصح لان هذه الاسامي لا تنبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفها الى الفقراء ولا يمكن تصحيحها تمليكا في حق الكل
لتفاحش الجهالة **قوله** ولو اوصى لبني فلان فهو للذكور لا غير عند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة
رضي الله عنهما اخرا اعتبارا للحقيقة وقال محمد رح يدخل فيه الاناث وهو قول ابي حنيفة اولا لان الاسم يتناول الكل
قال تعالى وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً **قوله** بخلاف ما اذا كانوا بنو فلان اسم قبيلة او فخذ يدخل فيه
الذكور والاناث وموالي العتاقة والموالاة لان المراد حينئذ مجرد الانتساب كما في بني ادم **قوله** ومن اوصى

لولد فلان فالوصية للذكور والاناث سواء لان الولد يطلق على الكل **قوله** ومن اوصى لولد بني فلان فالوصية
بينهم للذكر مثل حظ الانثيين كما في الارث **قوله** ولو اوصى لمواليه وله معتقون ومعتقون فالوصية
باطلة الا ان يبين لكل في حيوته وقال الشافعي رحمه الله الوصية لهم جميعا وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف
وهو قول محمد رضي الله عنهم لان الاسم يتناولهم فصار كما لو اوصى لاخوته وله اخوة مختلفين فان الوصية
لهم وهم في ذلك على السواء ولنا ان هذا اسم مشترك يطلق على الاعلى لانه منعم وعلى الاسفل لانه منعم عليه
فلا عموم له لان العام ما يشمل جميعا بمعنى واحد ويبطل البعض لاختلاف مقاصد الناس فمنهم من يقصد الاعلى
مجازاة وشكرا لانعامه ومنهم من يقصد الاسفل لزيادة الانعام فوجب التوقف حتى يقوم البيان ولم يوجد
البيان فبطل ضرورة وهذا بخلاف ما لو قال لا اكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل بحيث يكلم
ايهما وجد لانه في مقام النفي والاسم المشترك يعم في النفي لانه لا تنافي فيه وهذا بخلاف الاخوة لان اسم
الاخ يطلق على كل منهما بمعنى واحد وهو المتفرع من الاصل فصار الاسم عاما لا مشتركا وعن ابي يوسف جاز الوصية
وصرفها الى المعتقين لان شكر الانعام واجب وفضل الانعام مندوب وصار صرف الوصية الى اداء الواجب اولى
وعن محمد انه اذا اصطلحا الى المعتق والمعتق على الاخذ صح لان الجهالة تزول به كما في مسألة الاقرار لاحد ابنين
ويدخل في الوصية للموالي من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل المدبرون وامهات الاولاد لان عتق هؤلاء
يثبت بعد الموت والوصية مضافة الى حال الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله ليثبت الاستحقاق وعن
ابي يوسف انهم يدخلون في الوصية لان سبب الاستحقاق لازم في حق هؤلاء فيطلق اسم المولى عليهم **قوله**
ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر فمات قبل ضربه بناء على ان العتق يثبت في اخر جزء من اجزاء
حيوته لتحقق العجز عنده فثبت اسم الولاء قبل الموت ولو كان الموصي رجلا من العرب فاوصى لمواليه وله
ماله صحت الوصية لان العرب لا يسترق ولا يسبى فلا يكون له الا المولى الاسفل فيبطل الاشتراك فصحت الوصية
ويدخل فيه الاسفل مع ولده ولا يدخل فيه مولى الموالاة ومعتق المعتق لان الحقيقة مرادة فيبطل المجاز وعن
ابي يوسف رحمه الله ان مولى الموالاة يدخل والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء قلنا سبب ثبوت احدهما
الاعتاق وسبب الاخر العقد وهما مختلفان وانما يحمل على الاعتاق لان السبب فيه لازم فكان
الاسم له احق بخلاف ولد المعتق لانه ينسب اليه بالاعتاق وحده فان الحكم في الفرع يثبت بتحريه فصار كالاصل
بخلاف موالي الموالي لوجود السبب المقصود من الغير فهم منزلة اولاد الولد مع ولد الصلب **قوله**
بخلاف ما لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي فالثلث لموالي مواليه لان الاسم يتناولهم بطريق المجاز فصار اليه
عند تعذر اعتبار الحقيقة **قوله** ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه وما بقي
للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز والحقيقة مرادة فيبطل المجاز بخلاف ما قال ابو حنيفة رضي الله عنه فيمن
وصى لاقاربه وله عم وخالان فللعم النصف وللخالين النصف لان اسم الاقارب يطلق على الكل على

سبيل الحقيقة الا انه اعتبر الترتيب بالقوة فصح الجمع **قوله** ولا يدخل فيهم موالي اعتقهم بمعنى لا يدخل
موالي اعتقهم ابنه او ابوه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما هم يصيرون بسبب العصوبة **قوله**
بخلاف معتق البعض يعني معتق المعتق لانه ينسب اليه بالولاء وقال زفر رحمه الله يدخل في الوصية مع مواليه موالي
ابيه لانهم يسمون مواليه وقال ابو يوسف رحمه الله اذا اوصى لمواليه وله موالي اب قد مات ابوه وورث ولاءهم فالوصية
لهم لمواليهم حكما **باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة**
قوله ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك ابدا لان المنفعة يحتمل التمليك
بعد الممات كالاعيان دفعا للحاجة وهذا لان الموصي يبقى العين على ملكه حتى يجعله شاغلا بصرفه موقوفا على حاجته
فانما يحدث المنفعة على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منفعة الوقف على حكم ملك الواقف **قوله** ويجوز موقتا
ومؤبدا كالعارية وهذا بخلاف الميراث فان الارث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيرها ان
يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا انما يتصور فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين فاما الوصية
فاثبات ملك بالعقد كالاجارة والاعارة وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانها بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى
وفي حاجة الموصي يشملها فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه
للورثة في ذلك فان كان لا مال له غيره خدم للورثة يومين والموصى له يوما حتى يستكمل الموصى له معلوما
عينه الموصي من الزمان لان الوصية انفذ في الثلث من الكل وحقهم في الثلثين والعبد لا يحتمل القسمة
في نفسه فيكون القسمة بطريق المهاياة في الخدمة ابقاء للحقين ~~في الثلثين والعبد لا يحتمل القسمة~~ وصارت
الوصية بالخدمة ما لم يستوف الموصى له كالحقة بمنزلة الوصية بالرقبة فان مات الموصى له عاد الى ورثته
الموصي لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها
ابتداء من ملك الموصي بغير رضاه وذا لا يجوز وان مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لان ايجابه
مضاف الى ما بعد الموت ولو اوصى بسكنى داره سنة ولا مال له غيرها تقسم الدار اثلاثا فيسكن ثلثها
سنة ويسكن الورثة الثلثين لان الدار يمكن قسمتها بالاجزاء وهذا النوع من القسمة اقرب الى المعادلة
لان كل واحد يستوفي نصيبه من السكنى في الوقت الذي يستوفيه صاحبه بخلاف ما اذا تهايا على الزمان
فان هناك يستوفي احدهما بالاستيفاء **قوله** ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان
الحق لهم الا ان الاول اولى لانه اعدل **قوله** وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم في ثلثي الدار وعن
ابي يوسف رحمه الله ان لهم ذلك لان حقهم على الخلوص فينفذ بيعهم فيه وجه الظاهر ان حق الموصى له
بالسكنى ثابت في جميع الدار بدليل انه لو ظهر للميت مال اخر يخرج الدار من ثلثه كان له حق سكنى جميعها
ولو خرب ما في يده من الدار كان له ان يزاحم الورثة فيما في ايديهم وفي البيع ابطال حقه فمنعوا **قوله** ولو
اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع مثل عينها

[illegible]

فحصول المقصود والاصح انه لا يجوز لانه اوصى له بالغلة وهي دراهم او دنانير وهذا استيفاء المنفعة بعينها
والاسكان انهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة باسترداده منه
بعد استغلالها بخلاف ما اذا استوفى المنافع بنفسها **قوله** وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر
العبد او الدار وقال الشافعي رحمه الله له ذلك لان تمليك المنفعة بعقد مضاف الى ما بعد الموت كتمليك المنفعة
بالاستيجار في حال الحيوة فانه يملك الاجارة من غيره فكذا يملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنافع
كالاعيان عنده بخلاف المستعير فانه لا يملك المنفعة عنده لانها اباحة الانتفاع عنده ولهذا لا يتعلق
بالعارية اللزوم والوصية يتعلق بها اللزوم ولنا ان الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها
من غيره بعوض كالمستعير فانه لا يملك الاجارة وهذا لان المستعير مالك للمنفعة اذ التمليك في حال الحيوة
اقرب الى الجواز منه بعد الممات واذا احتملت المنفعة التمليك بعد الموت بغير عوض فلان يحتمل ذلك
في حال الحيوة اولى ولهذا يصح بلفظ التمليك حتى لو قال ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة
الا ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم فانما لا يتعلق بالعارية اللزوم لخلوها عن البدل وكذا
الوصية غير لازمة الا ان غير الموصى لا يتمكن من الرجوع بعد موت الموصى لان الرجوع للمتبرع لا لغيره
والموصى لا يقدر على الرجوع بعد الموت فلهذا امتنع الرجوع اما الوصية في نفسها فغير لازمة ولان المنفعة
ليست بمال وفي تمليكها بالمال احداث معنى المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما يثبت هذه
الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي يملكها مقصودا
بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما يملك معنى وذلك لا يجوز كذا فسره في المبسوط **قوله** وليس
للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرج الى اهله للخدمة
هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كان الموصى له واهله
في موضع اخر فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم واذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمة
العبد من غير ان يلزمه مشقة السفر فلا يكون له ان يخرجه من بلده **قوله** ولو اوصى بغلة عبده او بغلة
داره يجوز لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها في جواز الوصية به ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث الغلة لما بينا
قوله فلو اراد الموصى قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية
عن ابي يوسف فانه يقول للموصى له بمنزلة الشريك فيما يجب بعقد الوصية فيه فكما ان الشريك له ان يطالب
بالقسمة ليكون هو الذي يستغل نصيبه فكذا الموصى له بالغلة ولنا ان القسمة تبنى على ثبوت حق الموصى له
فيما يلاقيه القسمة ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة وقسمة الدار لا تكون قسمة الغلة فلا يكون له
ان يطالب بقسمة الدار **قوله** ولو اوصى لرجل بخدمة عبده سنة ولاخر بخدمته سنتين ولم يجز الورثة
خدم للورثة ستة ايام وللموصى لهما ثلثة ايام يوم لصاحب السنة ويومان لصاحب السنتين يمضي كذلك

سنتين لان تعينه لا يقسم فيقسم بالايام اي زمانا يوفر الحقوق ثم ولو عين فقال لفلان هذه السنة ولفلان
هذه وسنة اخرى يخدم في السنة الاولى للورثة اربعة ايام ولهما يومين وفي الثانية للورثة يوما وللموصى
يوما لا بعضا وصيته الاخر وان قال اوصيت بهذه الامة لفلان وبحملها لاخر او بهذه الدار لفلان وبنائها
لاخر او بهذا الخاتم لفلان وبفصه لاخر او بهذه القوصرة لفلان وبالتمر الذي فيها لاخر فان وصل لكل واحد
ما اوصى له او فصل فكذلك عند ابي يوسف وعند محمد يشترك صاحب الاصل بالاصل يشترك كما في البيع
قوله ولو اوصى له بخدمة عبده ولاخر برقبته او بسكنى الدار لفلان وبسكناها لاخر او بهذه النخلة
لفلان وبثمرها لاخر ولم يوجد الثمرة بعد فلكل واحد ما اوصى هنا بالاتفاق وصل ام فصل لانه اوجب
لكل واحد منهما شيئا معلوما وما اوجبه لكل واحد منهما يحتمل الوصية بانفراده فلا يتحقق بينهما مشاركة
فيما اوجبه لكل واحد منهما ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة
ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر لان الوصية كالميراث من حيث
ان الملك فيهما يثبت بعد الموت وجه قول ابي يوسف في الخلافية ان ايجابه في الكل للثاني ليس مراده
من الكلام الاول ايجاب تمامه للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية
لا يلزم شيئا في حال حيوة الموصى فيكون البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في الوصية بالرقبة وبالخدمة
ولانهما دخلا تحت الوصية الاولى بمعنى واعتبار التبعية ولي وجه قول محمد ان الخاتم يتناول الحلقة
والفص جميعا واسم الامة يتناولها وما في بطنها والدار اسم للعرصة والبناء واسم القوصرة كذلك
ومن اصلنا ان العام في افراد ما يتناوله كالخاص فيما يتناوله فاجتمع في الفص وصيتان ولكل احد منهما بايجاب
على حده فيجعل الفص بينهما نصفان ولا يكون ايجاب الوصية للثاني رجوعا عن الاولى كما لو اوصى
بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة والرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ولكن الموصى له بالرقبة انما يستحق منه
لان المنفعة تحدث على ملكه ولا حق للغير فيه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له بالرقبة حق وكذا
اسم الدار لا يتناول السكنى واسم النخل لا يتناول الثمر وانما يستحق هذه الاشياء بملك الاصل اذا لم يوجد
المانع وهنا وجد المانع وهو الوصية للثاني فلا يمكن حمله على البيان والتخصيص بخلاف ما اذا كان الكلام
موصولا لان ذلك بمنزلة دليل التخصيص والاستثناء فيتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون
الفص الا ترى انه لو اوصى بالجارية واستثنى ولدها او بالخاتم واستثنى فصها صح الاستثناء ولو اوصى
بالجارية واستثنى خدمتها لا يصح **قوله** ومن اوصى لاخر بثمر بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة
وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه
فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والحاصل ان الثمرة لا يتناول الحادث الا ان يزيد ابدا والغلة
يتناوله وان لم يذكر الابد لان الثمرة اسم للموجود لغة يقول الرجل انسان اثمر كرمك ثم يقول نعم يعني الثمر

العامة في الكرم لا ما يحدث بعده فلا يتناول المعدوم إلا إذا لم يكن له ثمرة مثل البستان على الأبد لأنه
لا سبيل إلى الاستغلال إلا بتناول المعدوم فأما الغلة فاسم لما يوجد وما يحدث مرة بعد أخرى ومنه غلة الدار والحانوت فكذلك
استغني فيها عن ذكر التأبيد بل يتناول الموجود وما هو بعرض الوجود من غير أن يتوقف على قرينة أخرى
قوله ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أو بولدها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها
من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم مات الموصي سواء قال أبدا أو لم يقل لأنها إيجاب عند الموت فيعتبر
قيام هذه الأشياء يومئذ والفرق بينها وبين ما تقدم أن الصوف واللبن والولد الموجود يصح استحقاقها
بالعقود فإنها تملك بيعا بكل عقد وتملك قصدا بالخلع فكذا بالوصية فأما المعدوم منها فلم يشرع استحقاقها
بشيء من العقود فلم يصح استحقاقها بعقد الوصية وهي أوسع العقود أولى إلا أوصى بشيء للمسجد لم يجز
إلا أن يقول ينفق على المسجد لأنه ليس بأهل للملك والوصية تمليك والنفقة بمنزلة الوقف على مصلحته وقال وذكر في
محمد رحمه الله يصح لأنه يحمل على الأمر بالصرف إلى مصالحه تصحيحا للكلام

باب وصية الذمي

قوله وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة أو بيت نار في صحته ثم مات
فهو ميراث عند أبي حنيفة رضي الله عنه فإنه بمنزلة الوقف ووقف المسلم عنده يورث فهذا أولى أما
عندهما فلأنه لا يحوز من أهل الذمة ما يوجه إلى القربة وإن كان وصية فهذا أولى قوله ولو أوصى
أن يبني داره بيعة أو كنيسة لقوم مسمين فهو جائز من الثلث لأن في الوصية معنى التمليك ومعنى
الاستخلاف ولو أنه كلاهما يجوز على الاعتبارين وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت
الوصية عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما باطلة إلا أن يكون لقوم بأعيانهم والحاصل أن وصايا
الذمي على أربعة أوجه أحدها أن يوصي بما هو معصية عندنا وعندهم كالوصية للمغنيات والنائحات
فهذه لا تصح إجماعا إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا من الثلث فإن كانوا لا يحصون لا تصح تمليكا
لأن التمليك من المجهول لا يصح ولا يمكن تصحيحها قربة لأنها معصية عند الكل والثاني أن يوصي بما هو
معصية عندهم قربة عندنا كما لو أوصى بأن يجعل داره مسجدا أو يسرج في المساجد أو أوصى بالحج فهي باطلة
بالإجماع اعتبارا لاعتقادهم لا ما يحل بهم بدنا بهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا منهم وذكر
طريقه مسنونة والثالث أن يوصي بما هو قربة عندنا وعندهم كما لو أوصى بثلث ماله على الفقراء والمساكين
أو بعتق الرقاب ويحرى به الترك وهو من أهل الروم أو يسرج في بيت المقدس فهي صحيحة إجماعا
عتق قوما أو لم يعتق لأن الديانة متفقة من الكل على ذلك والرابع أن يوصي بما هو قربة عندهم معصية قربة صحيح
عندنا كما لو أوصى بأن يجعل داره بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو يسرج في ذلك أو يذبح الخنازير ويطعم المشركين
فهي صحيحة عند أبي حنيفة رضي الله عنه سمى قوما أو لم يسم وقالا باطلة إلا أن يوصي لقوم بأعيانهم
لهما أن هذه وصية بالمعصية وفي تنفيذها تقرير المعصية والمسألة المعصية ردها لا تقريرها

فوجب القول ببطلانها ولا كل المعتبر ديانتهم في حقهم لأنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون وهي قربة عندهم فيصح
ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية عندهم لا يجوز الوصية اعتبارا لديانتهم فكذا عكسه وفرق
أبو حنيفة رضي الله عنه بين بناء البيعة أو الكنيسة وبين الوصية به ووجهه أن البناء نفسه ليس بسبب
لزوال ملك الباني وإنما يزول ملكه بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كمساجد المسلمين والبيعة والكنيسة
لم يصر محررا لله تعالى حقيقة فبقيت ملكا للباني فيورث عنه ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يصر
خالصا لله تعالى لما يتعلق حق العباد بها وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا لأنه لم يصر خالصا لله تعالى
بخلاف الوصية لأنها وضعت لإزالة الملك إلا أنه لم يثبت مقتضاه ويجوز زوال الملك عن ما هو قربة عندهم
فبقي فيما هو قربة على مقتضاه فزال ملكه ولم يورث قوله وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى بماله
كله لمسلم أو ذمي جاز لأن القصر على الثلث شرع لحق الورثة حتى ينفذ بإجازتهم وليس لورثته حق مرعي
لأنهم في دار الحرب وهم أموات في حقنا والحربي المستأمن حق معصوم لأنه صار دميلا على الحق لحق غير معصوم إذ
حقوق أهل الحرب غير معصومة حتى لو كانت ورثته في دار الإسلام بأمان أو بذمة ينفذ بقدر الثلث
لحرمتهم ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذ الوصية ورد الباقي على ورثته لأن رد ماله إلى ورثته من حق المستأمن
أيضا ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام صح منه من غير اعتبار الثلث قوله ولو أوصى له
مسلم أو ذمي بوصية جاز لأنه ما دام في دارنا فله حكم أهل الذمة في المعاملات حتى يصح منه عقود التمليكات
في حال الحياة ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما أنه لا يجوز
لأنه من أهل الحرب لأنه يقصد الرجوع ويمكن منه بخلاف الذمي قوله ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث أو لبعض
ورثته لم يصح كالمسلم لأنه التزم أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات ولو أوصى بخلاف ملته صح كالإرث لأن
ملك الكفر واحدة قوله ولو أوصى لحربي غير مستأمن لا يصح لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية
أخت الميراث وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لأنه يدعي الإسلام ظاهرا وإن كان
يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون الخلاف المعروف بين أبي حنيفة وصاحبيه رضي الله عنهم في تصرفاته ووصايا
المرتدة نافذة بالإجماع كالذمية لأنها تبقى على الردة ولا تقتل عندنا والله أعلم

باب الوصي وما يملكه

قوله ومن أوصى إلى رجل فقبل
الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فهو رد لأنه متبرع في ذلك فإن شاء أقام عليه وإن شاء رجع إذ ليس
للموصي ولاية إلزام التصرف على الغير وليس في الرجوع تغرير لأنه يمكنه أن يوصي غيره وإن ردها في غير
وجهه فليس برد لأنه لما قبل في وجهه اعتمد الموصي على قبوله فلم يوص إلى غيره فلو جوزنا رده في غيبته
أو بعد مماته لصار الميت مغرورا وذلك باطل ألا ترى أن الوكيل إذا أخرج نفسه من الوكالة لا يصح إلا بعلم
الموكل دفعا للغرور والضرر والمنهي فلأن يحتاج إلى دفع الغرور والضرر عن الميت وهو أحوج إلى النظر أولى

فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد لانه متبرع في التصرف فلا يلزمه ذلك
بدون قبوله كالوكالة ولا غرور هاهنا في رده لان الموصي هو الذي اغتر حيث لم يتعرف عن حاله انه يقبل الوصية
ام لا قوله فان باع شيئا من تركته بعد موته فقد لزمته الوصية لوجود دليل القبول اذ التصرف
هو المقصود وهو معتبر بعد الموت لما قلنا ولانه بعد الموت ونفذ البيع لصدوره من الوصي سواء
اعلم بالوصاية او لم يعلم حتى باع بخلاف ما لو وكل رجل بالبيع فباع شيئا من متاعه وهو لا يعلم بالوكالة حيث
لا ينفذ لان الايصاء اثبات خلافة لثبوته اوان انقطاع ولايته واذا كان استخلافا صح بغير علم كالوراثة
فاما التوكيل فاثبات الوكالة وليس باستخلاف لثبوته في حال قيام ولاية الموكل فلا يصح بغير علم من يثبت
عليه كاثبات الملك بطريق البيع والهبة قوله لانه مجتهد فيه اذ الرد صحيح عند زفر رحمه الله دفعا للضرر
عن الوصي والقاضي ولانه دفع الضرر عن الناس فينفذ قضاؤه ويبطل الايجاب ولا يعتبر القبول بعده قوله
ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى
صحة الوصية لان الاخراج عن الوصية انما يكون بعد الوصية وذكر في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه
ستبطل في جميع هذه الصور وقيل في الكافر باطل لانه لا ولاية للكافر على المسلم ووجه الصحة
ثم الاخراج لان الايصاء الى الغير انما يجوز شرعا لما فيه من نظر الموصي لنفسه ولاولاده وبالايصاء الى هولاء
لا يتم معنى النظر وان وجد اصل النظر لكون العبد اهلا للتصرف وليس بمولى عليه من جهة تصرف عليه
ولكون الفاسق من اهل الولاية والكافر ايضا ومن تصرفاته لو تصرف ينفذ تصرفه ولثبوت الولاية للكافر
في الجملة حتى ينفذ شراؤه عبدا مسلما لتوقفه لان العبد على اجازة سيده وتمكنه من الحجر بعدها واشتغاله
بخدمة سيده فيتوقف التصرف في استيفاء حقوق الميت لتوهم الخيانة من الكافر للمعاداة الدينية
ومن الفاسق لفسقه متهما يحجر عليه في المال وهذا عند ظاهر الرواية بدليل تخيره قوله ومن اوصى
الى عبد نفسه اعلم انه لو اوصى الى عبده وورثته كلهم صغار صح وان كانت الورثة كبارا او صغارا
وكبارا لم يصح وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يصح في الوجهين لانه فيه اثبات الولاية
للمملوك على المالك وهو قلب المشروع ولان الايصاء اثبات الولاية والمملوك ليس باهل لها لان الرق ينافيها
ولان الولاية للوصي مثل الولاية للموصي ولانه لا يتجزى في اعتباره نصيب يحيلها لانه كان مالكا
بيع رقبته والعبد يحكم الايصاء يملكه وكان فيه نقض الموضوع وله انه اوصى الى من هو اهله فيصح كالوصي
الى مكاتب نفسه او غيره وهذا لانه مكلف مستبد بالتصرف وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا
ملاكا فليس لهم ولاية المنع فكان اهلا للايصاء اليه كالحر والظاهر انه يشفق عليهم اكثر من شفقة
الاجنبي وهذا اختاره للايصاء اليه بخلاف عبد الغير لانه مولى عليه وبخلاف ما اذا كان فيهم كبير لانه يبيع نصيبه
او يمنعه فيعجز عن الوفاء بحقه فامتنع الجواز والايصاء يتحرى فقد روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه اذا اوصى

اوصى الى احد في الدين والى اخر في العين كان كما قال لا يكون لكل واحد منهما وصيا فيهما او يصار الى
تجزي الايصاء لئلا يؤدي الى ابطال اصله اذ تعذر الوصف يصح الاصل احق لو كان الرق يمنع الايصاء
لم يجز الايصاء الى المكاتب وقيل قول محمد مضطرب يروى مع كل واحد منهما قوله ومن عجز عن القيام
بالوصية ضم اليه القاضي غيره اذ لو لم يفعل ذلك لتضرر الوصي بعجزه عن التصرف والورثة بتركه التصرف قوله
ولو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة فربما يكون الشاكي كاذبا ويريد التخفيف على نفسه ولو
ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر وان كان قادرا على التصرف امينا فيه فليس للقاضي ان يخرجه
لانه لو اختار غيره لكان دونه لانه مختار الميت وغيره لا يكون مثله او لى الا ترى انه يقدم على اب الميت
مع كمال شفقته فلان يقدم على غيره احق قوله وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه
لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لان الموصي اختاره ورضي به والشاكي قد يكون ظالما في شكواه فما لم يثبت
خيانته لا يحتاج القاضي الى الاستبدال به قوله ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة
ومحمد رضي الله عنهما دون صاحبه الا في اشياء معدودة وقال ابو يوسف رحمه الله ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع
الاشياء لان الايصاء من باب الولاية والولاية اذا ثبتت لاثنين شرعا ثبتت لكل واحد كملا على الانفراد كالاخوين
في ولاية الانكاح فكذا اذا ثبت شرطا وهذا لان الولاية لا تحتمل التجزي لانها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة
لا تتجزى ولهما ان هذه الولاية تثبت بالتفويض فلا بد من مراعاة صفة التفويض وانما فوض الولاية اليهما جملة
وهذا الشرط مفيد فلم يثبت بدون ذلك الشرط وهذا لان الموصي انما رضي برأي الاثنين ورأي الواحد لا يكون
كرأيهما بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب ثمة الاخوة وهي قائمة بكل واحد منهما على الكمال والسبب هنا الايصاء
وهو اليهما لا الى كل واحد منهما ولان النكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو خاطب يجب عليه
وهاهنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الاول في حقها على صاحبه فيصح وفي الثاني استوفى حقا
لصاحبه فيبطل الدين الذي عليهما ولهما بعض الدين اذا كان عليهما فلاحدهما ولاية الاداء واذا كان لهما لا يكون
لاحدهما حق الاستيفاء بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة ومواضع الضرورة مستثناة من قواعد
الشرع وهي التجهيز وشراء الكفن لانه لا يبنى على الولاية وربما يكون احدهما غائبا فيؤدي اشتراط اجتماعهما الى فساد الميت
ولو فعله جاره عند الضرورة صح وشراء ما لا بد للصغار منه من الطعام والكسوة دفعا لحاجتهم فيلحق
خوف هلاكهم جوعا وعريا والاتهاب لهم لانه من باب الولاية ولهذا يملكه الام ومن يعوله وان كان اجنبيا ورد وديعة
معينة ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الدين وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد عين
عتقه لانها لا يحتاج الى الرأي وبيع ما يخشى عليه الفساد وجمع الاموال الضائعة لان فيه ضرورة والخصومة
في حقوق الميت لانه لا يمكن اجتماعهما عليه فانهما وان حضرا لم يتكلم الا احدهما ولهذا ينفرد احد الوكيلين بالخصومة
فاحد الوصيين اولى فاما البيع والرهن والاجارة والكتابة والتقاضي اي الاقتضاء وما اشبه ذلك فعلى الاختلاف

لانهما يبتني على الراي والولاية اما غير القاضي فظاهر وكذا القاضي لانه رضي بامانتهما في القبض لا بامانة
احدهما ولانه في معنى المبادلة خصوصا عند اختلاف الجنس ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد قال بعض
مشايخنا ينفرد كل واحد منهما بالتصرف كالوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد لانه اذا افرد فقد رضي
براي الواحد والاصح ان الخلاف في الفصلين لان وجوب الوصية يكون عند الموت وعند الموت يثبت الوصية
لهما معا بخلاف الوكيلين لان عقده ثمة امانه كل واحد منهما منابه بانفراده وان مات احدهما وقد اوصى الى
الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية كما اذا اوصى الى شخص اخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي اخر
لان راي الميت فيهما باق حكما براي من يخلفه وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الحي لا ينفرد بالتصرف لان القاضي
لم يرض بتصرفه وحده فلا يكون للموصى ان يرضى بما يعلم ان الموصي لم يرض به بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لان الموصي
رضي براي المثنى وقد وجد والاصح ان القاضي ينصب غيره اما عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما فلان الحي عاجز عن
التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه من يقوم مقام الميت في النظر العجز عن النظر لنفسه فيضم اليه وصيا اخر نظرا له واما عنده
فلان الحي منهما وان قدر على التصرف الا ان الموصي قصد ان يخلفه متصرفا في حقوقه وقد امكن تحقيق مقصوده
بنصب وصي اخر مكان الميت قوله واذا مات الوصي واوصى الى اخر فهو وصي في تركة الميت الاول عندنا
وعند الشافعي رضي الله عنه لا يكون الثاني وصيا في تركة الميت الاول لان الوصي كالوكيل لانه فوض اليه
التصرف بعد الممات والوكيل فوض اليه التصرف حال الحياة ثم الوكيل لا يملك ان يوكل غيره وكذا الوصي ولانه فوض
الى الموصي ليتصرف برايه لا براي غيره والناس يتفاوتون في الراي ولنا ان الموصي يتصرف بولاية منتقلة اليه
فيملك الايصاء الى الغير كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل في المال الى الوصي والى الجد في النفس
ثم الجد فيما انتقل اليه قام مقام الاب فكذا الوصي فيما انتقل اليه ولانه خلف عن الاول واعتبار هذه الخلافة يجعل
الاول حيا حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وقد كانت له ولاية في التركتين عند الموت فقام الثاني
مقامه فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه تعتريه المنية قبل تمام مقصوده وهو استدراك برايه
ما فرط فيه بنفسه صار راضيا بايصائه الى غيره في ذلك لما لم يحصل مقصوده وبه فارق الوكيل لان الموكل
حي قائم يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيله اما الايصاء بتوكيل غيره او الايصاء الى غيره عند موته وكذا
لو قال جعلته وصيا فيما تركت صار وصيا في تركته وتركة موصيه في ظاهر الرواية لان تركة موصيه تركته ايضا وعند
ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما يصير وصيا في تركة الوصي فقط لانه نص عليه قوله ومقاسمة الوصي الموصى له
عن الورثة يعني يصح قسمة الوصي عن الورثة الغيب مع الموصى له ولا يصح قسمته مع الوصي عن الموصى له
الغائب والفرق ان الوصي خليفة الميت والوارث خليفة عن الميت ايضا حتى يرد بالعيب ويرد عليه به
ويصير مغرورا بشراء المورث حتى يكون الولد حرا فصلح الوصي خصما عن الوارث نائبا عنه فلا بد ان يكون خليفة
لاحد كان خليفة لمن يقوم مقامه فصار تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا صحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك

ما في يد الموصي لا يشاركه الموصى له لان الهلاك بعد تمام القسمة على وقوع الهلاك في قسمته اما الموصى له فليس
خليفة عن الميت من كل وجه لان الموصى له ملكا جديدا الا انه يثبت له ما كان من الملك للميت ولهذا لا يرد بالعيب
ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي حتى يكون الولد رقيقا فلم يصلح الوصي خصما عنه عند غيبته
واذا لم يصح القسمة هنا لعدم ولايته عليه فلو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي في يد الورثة
لان القسمة لم تنفذ عليه فما هلك هلك على التركة وما بقي يبقى على التركة لانه هلك قبل القسمة غير ان
الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما لو هلك بعض التركة قبل القسمة وذكر
في الجامع الكبير الموصى له بالثلث اذا كان غائبا فدفع الورثة المال الى القاضي يجوز قسمته لان له ولاية
على الغائب فكان قسمته كقسمة الغائب قالوا هذا الجواب فيما يكال ويوزن لان القسمة فيه تمييز وليس
بمبادلة حتى ينفرد فيه احد الشريكين من غير قضاء ولا رضى ويجوز ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن
وفيما عداهما لا يجوز لان القسمة فيه معنى المبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا القسمة وهذا بخلاف
الوصي لانه لا ولاية له على الغائب ولا على الموصى له قوله ولذا دفع الى رجل ليحج عنه فضاع من يده
الى اخره ما ذكر في المتن ظاهر قوله ومن اوصى ان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض
ثمنه فهلك في يده ثم استحق العبد ضمن الوصي الثمن للمشتري لانه عاقد فيلزم العهدة بالعقد على نفسه وهذه عهدة
لان المشتري منه لم يرض بدفع الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه
رده قوله ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل للميت في تنفيذ وصيته فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة اولا
يقول لا يرجع لانه ضمن بفعله وهو القبض فلا يرجع على غيره ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع
في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية لانه يستفيدها بحكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه انما يرجع
عليه لانه صار مغرورا من جهة الميت وكان الضمان دينا على الميت ومحل قضاء الدين كل التركة بخلاف القاضي
او امينه اذا تولى البيع فانه لا عهدة لان في التزام العهدة على القاضي تعطيل القضاء اذ يتحاشى الناس
عن تقلد القضاء خوفا من لزوم الضمان وفي تعطيله تعطيل مصالح الناس وامين القاضي ينفذ عنه
كالرسول ولا كذلك الوصي لانه كالوكيل وقد مر في كتاب اللقطة قوله فان كانت التركة قد هلكت
او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء لان البيع وقع للميت لا للورثة وصار كسائر الديون التي تكون على الاموات
المفاليس قوله وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبدا فباعه الوصي له وقبض الثمن
فهلك في يده ثم استحق رجع المشتري على الوصي ورجع الوصي في مال الطفل لانه عامل له ورجع الطفل
على الورثة بحصته لبطلان القسمة باستحقاق ما اصابه قوله ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما
يتغابن الناس فيه حتى صح بيع الوصي بما يتغابن الناس في مثله ولا يصح بما لا يتغابن في مثله بناء على ان تصرفه
مقيد بالنظر قال تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير

لان في اعتباره تعطيل مصالحه لعدم امكان الاحتراز عنه قوله والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يصح بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان تصرفهم بحكم المالكية اذ الاذن فك الحجر اما الوصي فتصرفه بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يجوز بالغبن الفاحش لان العقد الذي فيه غبن فاحش بمنزلة الهبة من وجه فلا يملكه من لا يملك الهبة ويقرض القاضي مال اليتيم لا ابوه ووصيه قوله واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الشراء على حدة ويشهد عليه وكتب كتاب الوصية على حدة ويشهد عليه لانه لو كتب كتابا واحدا بان كتب اشترى من فلان بن فلان وصي فلان واشهد عليه قوما ومنهم من لم يشهد على الايصاء فربما يشهد بالكل فيكون حملا على الكذب وهذا لانه قلما يتفق ان يكون الشهود على الامرين فريقا واحدا قوله وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لانه قائم مقام الموصي والموصي هو الاب ولانه له على الكبير فكذا وصيه الا ان بيع المنقول من باب الحفظ لانه يتوالى عليه اسباب التوى وكان البيع حفظا اذ حفظ الثمن ايسر والاب يملك حفظ ماله فكذا وصيه وبيع العقار ليس من الحفظ لانه محفوظ بنفسه اذ لا يرد عليه اسباب التوى حتى لو خيف هلاك العقار او هلاك ثمنه ملك بيعه لان البيع في هذه الحالة من الحفظ والاصح انه لا يملك قوله ولا يتجر في المال لان المفوض اليه دون التجارة لانهما من باب الولاية قوله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب كذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم يقوم مقامهم يملكون ما كان من باب الحفظ فكذا وصيهم وذكر الامام الاسبيجابي رحمه الله انه لا خلاف في هذه المسئلة الا انه روي عنهما ذلك ثم رجعا وفي الاصل في هذه المسئلة ان اضعف الوصيين في اقوى الحالتين كاقوى الوصيين في اضعف الحالتين اضعف الوصيين وصي الاخ والام واقوى الحالتين حال صغر الورثة واقوى الوصيين وصي الاب الجد واضعف الحالتين حال كبر الورثة قوله والوصي احق بمال الصغير من الجد اي وصي الاب احق بمال الطفل من الجد وقال الشافعي الجد احق بمال الطفل لان الشرع اقام الجد مقام الاب عند عدمه في الارث فيقدم على وصيه كالاب ولنا ان الاب يقدم على الجد ووصيه قائم مقامه وفي تقديمه تقديم الاب معنى وهذا لان الخبرة للنظر ولما اختار الوصي مع علمه بقيام الجد دل انه رضي نظر البنته من تصرف ابيه وان لم يوص الاب الى احد فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه ولهذا يملك الانكاح دون الوصي

فصل في الشهادة

قوله واذا شهد الوصيان علم انه اذا شهد اثنان ان اباهما اوصى الى زيد او وصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما بطلت الشهادة لانهما متهمان اما الابنان فيجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة واما الوصيان فيشاركان بنفسهما الى انفسهما معينا الا ان يدعي المشهود له فيقبل استحسانا لان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وولاية ضم اخر اليهما فهما اسقطا مؤنة التعيين عن القاضي وليس في شهادتهما اثبات حق فيعمل قوله وان شهد الوصيان لوارث صغير بشيء من مال الميت لم يقبل وبشيء من غير مال الميت يقبل وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يقبل في الوجهين لانهما اجنبيان عن المشهود به اذ ليس لهما ولاية التصرف اذا كانت الورثة كبارا فخلت الشهادة عن التهمة فيقبل وله ان الوصيين متهمان في هذه الشهادة لانهما موجبان لانفسهما حق الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وحفظ مال الميت التهمة في حق الكبار اذا غاب وتوهم عود الولاية بالجنون وكانا متهمين بخلاف ما اذا شهدا في غير التركة لان الميت اقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها قوله واذا شهد الرجلان لرجلين بدين لهما على الميت الف وشهد الاخران للاولين على الميت الف جازت شهادة الفريقين ولو كانت شهادة كل فريق للاخر بوصية الف لم تجز وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف لا يقبل في الدين ايضا وذكر الخصاف ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يقبل وعلى قول محمد يقبل وجه الرد ان الدين بعد الموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة شاركه الاخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فيتحقق التهمة بخلاف حال حيوة المديون وصحته حيث يقبل لانه في الذمة ولا شركة في ذلك اصلا واستيفاء من تركته موقوف الشهادة لغير الشاهد فيقبل ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما لا يشاركه الاخر فيه وانما يشاركه الاخر اذا استوفى من التركة ضرورة لتعلق التركة حتى لو كان في التركة سعة لا يشاركه الاخر فيه وهذا بخلاف الوصية لان الحق بالوصية لا يثبت في الذمة وانما يثبت في العين فصار المال مشتركا بينهم فاورث تهمة

كتاب الخنثى

اعلم ان الله تعالى خلق بني ادم ذكورا واناثا كما قال الله تعالى وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وقال يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ وقد بين حكم كل واحد منهما في كتابه وما بين حكم شخص هو ذكر وانثى فدل انه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد وكيف يجتمعان وبينهما مغايرة على سبيل المضادة وجعل علامة التمييز بينهما الالة ثم قد يقع الاشتباه بان يوجد الالتان او لا يوجد اله اصلا وتركيبه يدل على اللين والتكسر يقال خنث السقاء اذا خنثته اي ثنيته فانثنى ومنه المخنث فالخنثى من له فرج وذكر فان كان يبول من الذكر فهو غلام ويرث ميراث الغلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى ويرث ميراث الانثى لان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مولود له ما للرجال وما للنساء كيف يورث فقال صلى الله عليه وسلم من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه ان الخنثى يورث من حيث يبول ولان البول من اي موضع كان دليل على انه هو العضو الاصلي والاخر بمنزلة العيب لان المنفعة الاصلية للذكر خروج البول وان كان يبول منهما فالحكم لاسبقهما خروجا لانه حين وجد وجد بلا معارض والاخر حين وجد وجد مع المعارض فدل سبق خروجه على انه العضو الاصلي والاخر عيب وان استويا في السبق فهو خنثى مشكل عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه دلالة قوة ذلك العضو وانه عضو اصلي ولان للاكثر حكم الكل فيترجح به ولابي حنيفة رضي الله عنه

ان كثرة الخروج لا تدل على القوة وربما يكون لزيادة اتساع في احدهما وضيق الآخر ولان الشيء لا يرجح
بالكثرة من جنسه احترازا عن خلط اللبن بالدواء او الماء واحدهما غالب وقال ابو حنيفة رضي الله عنه
لما اخبره ابو يوسف رحمه الله بجوازه هل رايت قاضيا يكيل البول بالاواقي ولو كان يخرج منهما على
السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لم يوجد المرجح واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء
او احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو فهو رجل لان هذه الامور من علامات الذكور وان ظهر له
ثدي كثدي المراة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امراة لانها من
خصائص النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل كذا ذكر الخبر لانه جعله خبرا والاخبر
المذكور فالثابت في الخبر ولانه لو انه يكون بعضه احد الامرين غير انه قال فهو خنثى مشكل بناء على
ان التذكير هو الاصل في الخطاب لا على التعيين وذكر في الفتاوى وانما يتاتى الاشكال ما دام صغيرا فاذا
بلغ يزول الاشكال لوجود العلامة من خروج اللحية وكذا وجود الحبل وهذا يشير الى ان الاشكال لا يبقى
بعد البلوغ وما ذكر في المتن وغيره يشير الى انه يبقى **فصل في احكامه قوله** الاصل في الخنثى المشكل
ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته **قوله** بعد بلوغه
وهو جائز في الجملة اي عند العذر **قوله** لانه اعدل لوقات المسلمين وهذا من تنازل المسلمين **قوله** ويتيمم
بالصعيد لان المصير الى التيمم عند تعذر الغسل جائز ومن يتيمم سواء كان ذكرا او انثى **قوله** ولو مات ابوه
وخلف ابنا المال بينهما عند ابي حنيفة رضي الله عنه للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث وخنثى
اعلم ان حكم ميراثه للخنثى المشكل اقل النصيبين يعني اسوأ الحالين عند ابي حنيفة واصحابه وهو قول
عامة الصحابة رضي الله عنهم وعليه الفتوى حتى لو مات رجل وترك ابنا وخنثى مشكلا فالمال بينهما
اثلاثا سهمان للابن وسهم للخنثى وهو نصيب البنت وعند الشعبي وهو قول ابن عباس رضي الله عنهم
له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول ابي يوسف اخرا لان حاله متردد والاصل في المسائل
اعتبار الاحوال عند التردد وتوزيع المستحق على الاحوال كما في الطلاق المبهم والعتاق ثم اختلف ابو يوسف
ومحمد رضي الله عنهما في قياس قول الشعبي رضي الله عنه في القسمة بين الخنثى والابن المعروف فقال ابو يوسف
قياس قوله ان يكون المال بينهما على سبعة للخنثى ثلاثة واربعة للابن المعروف لان الابن يستحق نصيبا للابن
وهو سهم لانه اقل ... والخنثى لو كان ذكرا كان له سهم ايضا ولو كان انثى لكان له نصف سهم
فيعطيه نصف النصيبين وذلك ثلاثة ارباع سهم لان نصف نصيب الذكر نصف سهم ونصف نصيب
الانثى ربع سهم او يعطيه النصف المستيقن مع نصف المشكوك فصار له ثلاثة ارباع سهم وبعد البسط
وهو جعل الصحيح من جنس الكسر التصحيح وهو تسميته كل كسر باسمه صح ... للابن اربعة
وللخنثى ثلاثة لانا جعلنا كل ربع سهما فصار المجموع سبعة وقال محمد رضي الله عنه قياس قوله ان يكون

المال بينهما على اثني عشر سهما للابن المعروف سبعة وللخنثى خمسة لانه لو كان ذكرا لكان له نصف المال
ولو كان انثى لكان له نصف الثلث ونصف الثلث الباقي للاخر فيحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف
وثلث ولثلثه نصف واقله اثنا عشر فحال له نصف نصفه وثلثه وفي حال نصف ثلثه اثنان فيكون خمسة
والباقي وهو سبعة للاخر ولما ... الحاجة الى ... المال اسداسا والاول سبعين فما زاد عليه يشكل فيجب المتيقن
والاعتبار المشكوك حتى لو اصابه الاقل لو قدر ذكرا الخنثى يعطى نصيب الابن في مثل الصورة لكونه متيقنا بان
يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام وخنثى لاب او امراة واخوين لام واختا لاب وام وهي خنثى فعند ابي يوسف الاول
للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمراة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى
لانه اقل النصيبين فيهما فيجعل ذكرا فيهما لانه لو كان انثى في المسالة الاولى تعول الحساب الى ثمانية لانه يكون
صاحب فريضة وفريضتها ثلاثة من ستة للزوج ثلاثة وللام سهمان ولو كان ذكرا لكون له الباقي سهم وسهم من ستة
اقل من ثلاثة من ثمانية ولو كان انثى في المسالة الثانية لكان له نصف المال ستة من اثني عشر وتعول الى ثلاثة عشر ولو كان
ذكرا لكان للمراة الربع وللاخوين للام الثلث من اثني عشر وللخنثى خمسة وخمسة من اثني عشر اقل من ستة من ثلاثة
عشر لانه يصيبه نصف المال ... سهم ... ولو ماتت امراة وتركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب
فللزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شيء للخنثى لان اسوا حاليه ان يكون ذكرا لانه لو جعل ذكرا
لا ... شيء ولو جعل انثى لكان له السدس وتعول المسالة فيجعل ذكرا **مسائل شتى** اعلم ان ايماء
الاخرس وكتابته كالبيان في الوصية والنكاح والطلاق والبيع والشراء والقود لا في الحد بخلاف
معتقل اللسان **قوله** اذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك في هذا الكتاب فاومى
براسه اي نعم او كتب نعم فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولو اعتقل لسان الرجل فقرئ عليه
وصيته فاشار براسه اي نعم او كتب فهو باطل قال الشافعي رح هما سواء ويجوز منه كما يجوز من الاخرس
لان علة الجواز العجز وهو يشملهما ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والاهلي ... في الزكوة مثل الوحشي
ولم يفصل بين الاصلي والعارضي فكذا هنا والفرق لنا ان الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا صارت معهودة
وذلك لا يتحقق في العوارض وانما يتحقق فيما اذا كان اصليا كالاخرس حتى لو اعتقل لسان المريض وامتد وصارت له
اشارات معلومة يجب الحكم به كما في الاخرس كذا قالوا ولان الضرورة في الاصلي لازمة وفي العارضي على شرف
الزوال فلا استحسان كالصغير مع المميز ... والامة حصبت النص على خلاف القياس قال صلعم ان لهذا
اوابد كاوابد الوحش فكذا استوى الوحشي والمتوحش **قوله** واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف فانه
يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له اما الكتاب فلانه من الغائب بمنزلة الخطاب
من الحاضر فان صلعم مامور بتبليغ الرسالة وقد بلغ مرة بالعبارة وطورا بالكتاب الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز
والعجز هنا اشد لتوهم ارتفاع العجز وعدم توهم ارتفاع هذا فصار به احوج الى الكتابة ... بسبب ...

اي يعقوب هو يجري مجرى النطق في الحاضر والغائب عليهما قالوا ومعنى غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق
الاشجار وهو ليس بحجة الا بالبينة والبيان لانه بمنزلة الكتابة من الصحيح فلا يصح حجة من الاخرس وغير مستبين
كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم **قوله** واما الاشارة فتنحجر من
الاخرس في حق هذه الاحكام للضرورة لانها من حقوق العباد ولا تختص هذه التصرفات بلفظ خاص بل تثبت
بالفاظ كثيرة وبفعل يدل على القول كذا يجب ان تثبت باشارته لحاجته الى ذلك والغائب في القصاص
حق العبد والحدود حق الله ومن سقط بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا حد للشبهة ولا حد
ايضا بالاشارة في القذف لعدم القذف صريحا وهو الشرط لما مر في الحدود والفرق بين الحد والقصاص
ان الحد لا يثبت بالاضافة لا شبهة فيه الا ترى ان الشهادة بالوطي الحرام والاقرار به لا يوجب الحد وان كان يطلق
الجمهور صرفه الى الزنا والقصاص يثبت بالشهادة او الاقرار بمطلق القتل اي ان لم يوجد التصريح بالعمد
والحاصل ان القصاص عوض لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر الاعواض التي هي حق العبد اما
الحدود فمشروعة للزجر عارية عن معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة **قوله** وذكر في الكتاب
الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في القصاص الذي يجب عليه يحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك ويحتمل
ان يكون هذا معارضا قال ذلك ان يكون الكتابة كالاشارة ومعنى الاشتباه انه لا يمكن الوصول الى النطق هنا للآفة
المانعة عنه وامكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهليته ودلت هذه المسئلة ان الاشارة معتبرة
وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما يقول بعض مشايخنا انه لا يعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة
لان الاشارة حجة ضرورية والضرورة منتفية مع وجود الكتابة لانه جمع بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا
لان كل واحد منهما حجة ضرورية الا ان الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة لانه يفهم المقصود
منها بلا شبهة بخلاف الاشارة ففيها نوع ابهام وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد في الكتابة لان
الاشارة اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا **قوله** وكذلك الذي صمت يوما او يومين لعارض
مكتب او اسعاد [illegible] لم يعتبر ذلك منه في شيء من التصرفات لان آلة النطق معه قائمة فهو كمن اعتقل
لسانه بسبب المرض وقيل هو تفسير معتقل اللسان **قوله** غنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت
المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل ان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا في حال الاختيار فان
عند ذلك نقول اما في حال الضرورة تحرى واكل سواء كانت المذبوحة اكثر او كانا سواء او كانت الميتة
اكثر لان الميتة تحل عند الضرورة والمختلط اولى ولكن مع هذا يتحرى لان التحري دليل يوصله الى الحلال
في الجملة فلا يصح تركه بلا ضرورة وقال الشافعي رح لا يحل الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر
لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولا ضرورة اذ الحال حال الاختيار ولنا ان الغلبة
تقوم مقام الضرورة في اثبات الاباحة الا ترى انا نعلم ان اسواق المسلمين لا تخلو عن الحرام ومع هذا جاز التناول

بالشراء وغيره اعتبارا للغالب وهذا لان القليل لا يمكن التحرز عنه ويتعذر الامتناع عنه فصار عفوا
دفعا للحرج كالنجاسة القليلة والانكشاف القليل بخلاف ما اذا اختلط الاواني والاغلب طاهر فانه
لا يتحرى ويتيمم عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لان التراب يقوم مقام الماء فلا ضرورة الى التحري
كذا قرر في المبسوط

تم شرح الهداية بحمد الله تعالى وحسن توفيقه
على يد العبد الضعيف المذنب المحتاج الى رحمة ربه الغفور
رمضان بن يحيى الحافظ الاسفراكي
في منتصف صفر ختم الله بالخير والظفر
في سنة سبع وثلثين وسبعمائة
والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب



اکاحد

بها

سطر / ٢٧ = ورق / ٢٧٣ = صحیفه / ٥٥٢